

*ARY FLORENCIO GUIMARÃES*

---

**ASPECTOS DA AÇÃO POPULAR  
DE NATUREZA CIVIL**

1957

**ARY FLORENCIO GUIMARÃES**

Professor da Faculdade de Direito de Curitiba  
e 1.º Subprocurador Geral do Estado

---

## Aspectos da ação popular de natureza civil

(O caráter democrático do instituto. Direito político privativo da cidadania brasileira. A posição dos eleitores entre 18 e 21 anos de idade. Desnecessidade da outorga uxória. A indisponibilidade da ação constitucional. A interferência do Ministério Público. A prescrição.)

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito, da Universidade do Paraná, em concurso para a livre docência da cadeira de Direito Judiciário Civil.*

BC/MUFPR - MEMORIA DA UNIVERSIDADE F. DO PARANA  
AUTOR  
R\$ 10.00 - Doacao  
Termo No. 588/03 Registro: 352,706  
02/12/2003

UFPR - Sistema de Bibliotecas

## INTRODUÇÃO

1 - A organização da opinião pública. 2 - O conhecimento da ação popular. 3 - A fonte dos poderes na Constituição de 1946. 4 - O valor do sufrágio no processo eleitoral. 5 - O Júri e os seus abusos. 6 - A persistência do ensinamento. 7 - Instrumento de democracia semi-direta. 8 - O sistema democrático de governo. 9 - A prudência e a virtude. 10 - O povo e a fiscalização do Estado. 11 - Afirmação de liberdade política.

1 — A organização da opinião pública, no Brasil, a partir do fenômeno histórico e político que consagrou a implantação do regime republicano e representativo em nossa Pátria, constitui problema da mais alta e significativa importância.

Podemos verificar, entre nós, é certo, como o reconhecem os sociólogos que têm estudado a vida brasileira, destacando-se, dentre eles, OLIVEIRA VIANA, a existência de um sistema democrático de governo, mas que se funda em opinião, *simplesmente*, e não em *opinião organizada*.

É oportuno registrar a palavra do analista dos nossos contornos políticos: “Os povos contemporâneos, ou melhor, as democracias contemporâneas podem ser classificadas em dois grupos: as democracias de *opinião organizada* e as democracias de opinião, *simplesmente*. Os ingleses e os americanos pertencem ao primeiro grupo. Nós, pertencemos ao segundo grupo — o das democracias de opinião, *simplesmente*. Ora, o grande problema está em fazer evoluir a nossa democracia, desta sua condição atual, para uma democracia de opinião organizada” (*O Idealismo da Constituição*, 1927, Rio de Janeiro, ed. de Terra de Sol ps. 14-15).

A falta dessa opinião pública organizada gera, em grande parte, toda a série dos nossos males, todo o rosário dos nossos infortúnios, bem como todas as nuances e trepidações de nosso sistema legal e político-administrativo.

Urge, portanto, aprimorar a opinião pública, organizá-la em bases legítimas e conscientes, através de um amplo, permanente e cada vez mais intenso sistema de educação popular, cívica e moral, agora que o Estado e as entidades privadas, mercê do progresso assombroso da técnica de difusão do pensamento, têm ao seu dispor o aparelhamento necessário para essa tarefa de extraordinária relevância.

Educar convenientemente o povo, para que êle não se torne massa inconsciente nas mãos de demagogos interesseiros, corruptos e corruptores bem conhecidos, é ainda o roteiro que pode ser palmilhado com resultados benéficos não só à ordem social, como também à estrutura jurídica, afim de que a nação, assim politicamente organizada, seja, de fato e de direito, um organismo vivo, cheio de realidades bem brasileiras, refratário, porém, a deletérias influências e às nefastas investidas dos eternos propagadores de doutrinas malsãs e impatrióticas, incompatíveis com a civilização ocidental.

A SAMPAIO DORIA não passou despercebida a transcendental matéria constante da aguda observação do sociólogo, quanto ao valor inestimável de uma opinião pública livre e conscientemente organizada — a que o mestre denomina de *opinião orgânica* — através de um amplo educar pela cátedra, pela imprensa, pelos partidos de conteúdo democrático, pela escola, pelo lar, pelas manifestações da liberdade de pensamento e de ação, quando conducentes ao bem-comum, pelo aperfeiçoamento das regras morais e sociais, que consolidam a fraterna convivência entre os homens e pelo trabalho incessante e benfazejo.

“Sem liberdade não se constroi, em política, nada que perdure. A liberdade é o sôpro de vida das instituições políticas estáveis”. Mas — acrescenta prudentemente o ilustre constitucionalista — “só quando a opinião pública se organize esclarecida é que se poderão estabilizar as instituições políticas. A opinião pública, como fonte natural de legitimidade do poder, é a grande fortaleza do estado, é a armadura concreta de aço, oposta às erosões do tempo, e da infantilidade dos homens” (*Direito Constitucional — Curso e comentários à Constituição*, 1.º tomo, ps. 330-334).

2 — O conhecimento da ação popular de natureza civil, tal como o instituto vem delineado na Carta Constitucional Brasileira de 1946, representa, não há negar, um dos pontos

interessantes nesse amplo programa de organização democrática da mentalidade brasileira.

O instituto, mal conhecido e, sobretudo, mal aplicado, pode degenerar, todavia, no agravamento dos nossos males, com repercussão manifesta na vida administrativa do país e prejuízo para a coletividade.

Mas, desde que aplicada com segurança e cautela, através de ordenamento jurídico estruturado com sabedoria e acuidade, ninguém, em sã consciência jurídica, poderá negar à *actio popularis* as excelências de um corretivo à altura de nossas atuais necessidades, como meio de fiscalização da conduta dos dirigentes no manêjo do patrimônio público.

3 — Os poderes do Estado, no regime da Carta Política que nos rege, são organizados, como é sabido, na base da prevalência da vontade popular.

*Todo poder* — diz, enfaticamente, o preceito inscrito na segunda parte do art. 1.º da Constituição Federal — *emana do povo e em seu nome será exercido.*

Justo é, portanto, que, em última análise, no plano da apreciação pura e simples das normas de superlegalidade constitucional, sejam reservados ao povo, a par do sistema de democracia republicana e representativa adotado pelo constituinte nacional, certos *freios e contrapêsos*, destinados a operar, em ocasiões especiais, como autênticas válvulas de segurança do próprio regime, em face de atos destituídos de eticidade e legitimidade administrativas.

Ao povo, esteio da nação política e juridicamente organizada, possibilita, assim, o supremo legislador brasileiro, segundo os nítidos princípios da Carta de 18 de setembro de 1946, o comando organizatório, por excelência, da vida administrativa nacional, excluída, é conveniente ressaltar, a magistratura, que não tem a sua origem imediata no voto, se bem que, de certo modo, o corpo político da nação lhe conceda uma espécie de *placet*, um como que batismo no ato da sua investidura, por intermédio da chancela daqueles que têm o poder constitucional de prover os cargos públicos, quaisquer que sejam êles.

4 — Sem opinião pública organizada, ciosa do seu valor e ciente dos seus deveres para com a comunidade, o ideal democrático não passará de vão apêlo em estilo literário e declamador, mas vazio de conteúdo diante das realidades nacionais.

É que a democracia, como sistema de governo *do povo, pelo povo e para o povo*, na frase tradicional que nos legou a grande nação do norte, exige a contrapartida de uma consciência viva e dinâmica, esteiada na manifestação popular, em épocas próprias e sucessivas, através do sufrágio universal.

Daí a indeclinável estrutura que deve dar arrimo racional e estável ao pensar coletivo no momento decisivo das eleições populares.

Se a estrutura fôr falha, falha será a sua resultante; se o arcabouço do edifício fôr levantado sôbre alicerces fracos ou hesitantes, fracos e hesitantes serão, sem dúvida, os compartimentos da construção edificada, prejudicando todo o conjunto da obra em perspectiva; se a opinião pública, em suma, fôr dispersiva, apática ou falta daquele senso de responsabilidade que inspira os valores éticos de um povo, o seu pronunciamento, por meio da cédula eleitoral, nada valerá, em concreto, para as tarefas de soerguimento nacional e recuperação moral, espiritual, econômica e social da Pátria, que tudo pede dos seus filhos nesta hora de graves compromissos e solenes definições, em face de nós mesmos e do mundo, dividido, infelizmente, em dois campos opostos, cada vez mais irreconciliáveis.

5 — Somos, nós brasileiros, por índole e formação, devotados sentimentalmente aos superiores ideais que podem incentivar uma civilização.

Mas o nosso sentimentalismo, na sua expansão emotiva, característica de nossa gente, não raro afeta o prestígio e o bom nome das instituições que buscam o ideal democrático.

Veja-se, *verbi gratia*, o Tribunal do Júri, instituição essencialmente democrática.

Órgão de Justiça, justiça não faz por causa do nosso impenitente apêgo às fórmulas largas e generosas da bondade individual, com manifesto prejuízo, contudo, para os verdadeiros interesses da defesa social, interesses que não podem adotar conduta de complacência entre o bem e o mal, entre o cidadão honesto e útil e o infrator da norma penal, na maior parte das vezes delinqüente frio e cruel que fere fundo a sociedade.

Criado para servir à justiça, defendendo, ao mesmo tempo, a sociedade e a liberdade individual, transformou-se êsse plenário, infelizmente, numa afrontosa alicantina contra os verdadeiros interesses da família brasileira, afora uns casos raros

em que se aplica uma sanção justiceira contra êste ou aqueloutro infrator desprovido de recursos ou de apadrinhamento político suficiente!

Não existe, portanto, neste país, quanto ao funcionamento do Tribunal Popular, na medida conveniente, aquela tomada de consciência que robustece e exalta os sentimentos de justiça de um povo.

Pode-se mesmo dizer, sem receio de contestação, que o *uso* dessa alta e generosa franquia de justiça democrática, nos últimos tempos, principalmente nas zonas do vasto interior do Brasil, resvalou perigosamente para um *abuso* indiscriminado e chocante, digno de merecer a mais decidida, pronta e séria atenção dos estudiosos e reformistas.

As deficiências, e até a desmoralização, dessa instituição tão popular, resultam, em última análise, daquela falta de organização da opinião pública, a que nos referimos no preâmbulo destas considerações.

Despreparada, desengonçada e supinamente imediatista, a nossa fragílissima opinião pública age antes sob os efeitos transeuntes da emoção ou da paixão do que sob os imperativos da razão e do bem-comum.

6 — Democracia e opinião pública organizada são, portanto, duas faces ou momentos de um mesmo e fundamental problema: o valor bivalente *homem-cidadão*, operando na sociedade segundo o seu próprio comportamento moral e espiritual, bom ou mau, bronco ou inteligente, fascínora ou tranqüilo partícipe da comunidade.

Tudo, em última *ratio*, decorrendo do menor ou maior aperfeiçoamento do elemento humano que forma as coletividades, do povo que se alista eleitor, do povo que se agita, vive e trabalha nas mais variadas esferas das atividades sociais, do povo, enfim, que faz e modela as nossas instituições.

É repetido e conhecido o *slogan* segundo o qual o sistema democrático de governo, que deve ser um ambiente, um *meio*, e não um *fim* último, caracteriza o clima político a que os doutrinadores chamam de *regime de opinião*, com os partidos pugnando pelo interesse geral, asseguradas a liberdade de reunião e a manifestação do pensamento, pelas suas diversas modalidades, e o corpo político da nação racionalmente organizado e compenetrado dos seus direitos e dos seus deveres.



Essa doutrinação é ouvida, porém, tão só nos quadros restritos de uma assistência reduzida e, geralmente, à época das vésperas dos pleitos eleitorais, eis uma verdade contristadora.

O que se faz mister, todavia, é a persistência do ensinamento, a reiterada palavra de ação e de persuasão, o exemplo prático e edificante, de modo que o valor do contágio, penetrando superiormente em tôdas as camadas da nossa rudimentar opinião pública, frutifique e se entranhe na consciência do brasileiro que pensa e vota, chamando-o à razão e à compreensão, para que escolha, em suma, os detentores do poder público, não na base do faciocismo caôlho, perturbador e inconveniente, mas, sim, segundo os verdadeiros e legítimos reclamos do interesse geral.

Nos países de opinião organizada, eis outra verdade, os grandes movimentos de aperfeiçoamento não são os que decorrem, única e exclusivamente, da manifestação pelas urnas. O valor moral dos bons êxitos, decorrentes das lutas e dos protestos, dimana, antes, da opinião popular, expressa pelos seus órgãos legítimos, independentemente de renovação dos quadros dirigentes, como o assinala, agudamente, OLIVEIRA VIANA, quando faz alusão “ao mais belo caso daquilo que os políticos ingleses chamam a — *pressure from without*, a pressão vinda do povo, a fôrça coercitiva da opinião popular, obrigando, forçando, coagindo os detentores do Poder a obedecê-la” (op. cit., p. 89).

E acrescenta o sociólogo que “o que é principal numa democracia é a existência de uma opinião organizada” (op. cit., p. 90).

Sem ela, o sufrágio popular é tantas vêzes desconcertante ou decepcionante em seus altos objetivos.

A elevação política da gente brasileira dela precìpuamente depende.

Os partidos, como reduto de manifestação de pensamento político, devem cuidar zelosamente de todos os problemas ligados à formação da opinião no país. A sua composição, em bases estáveis e éticas, para o trato dos problemas nacionais através de um pluripartidarismo que signifique coesão e não simples ajuntamentos destinados a dividir ou perturbar o povo nas épocas de pronunciamento pelo voto; o aperfeiçoamento do processo eleitoral; a independência da imprensa e demais meios de comunicação, com o fortalecimento do princípio do respeito da

pessoa humana; o combate ao analfabetismo e à miséria, são fatores que, dentre tantos outros, requerem a atenção dos bons brasileiros, nesse trabalho ingente de integração das populações na opinião pública nacional.

7 — A ação popular, não há dúvida, é um instituto essencialmente democrático, perfilhado pela Carta Política de 1946, não obstante o caráter republicano e representativo do nosso Magno Estatuto.

A sua presença, no quadro das nossas instituições políticas e constitucionais, é devida, na verdade, ao estilo preferido pelo constituinte nacional, que adotou certos e determinados instrumentos jurídicos de democracia semi-direta, como, por exemplo, os casos de *referendum*, estabelecidos no art. 2.º da Constituição Federal.

A propósito já assinalámos, em outro trabalho, que a prática do *referendum*, nas suas várias e específicas modalidades, caracteriza, modernamente, a chamada democracia semi-direta, que não se mostra incompatível, de resto, com o sistema representativo. A Suíça, v. g., é pródiga quanto a êsse sistema político-governativo. E a Constituição Brasileira, de 18 de setembro de 1946, no seu art. 2.º, cuida de caso típico de *referendum* quando estabelece que os “Estados podem encorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros ou formarem novos Estados, mediante voto das respectivas assembléias legislativas, plebiscito das populações diretamente interessadas e aprovação do Congresso Nacional”. O nosso legislador constituinte, soberano, é certo, no organizar jurídica e politicamente o Estado, usou, impròpriamente, todavia, do vocábulo *plebiscito* no texto. É que as hipóteses dessa reforma constitucional, reforma que diz de perto com a nossa estrutura federativa, exigem, na verdade, segundo NELSON DE SOUZA SAMPAIO, nada menos de “dois *referenda*: um popular e outro do Congresso Nacional. A impropriedade já vinha, aliás, na carta de 1937, art. 5.º, parágrafo único” (*in* “*O Poder de Reforma Constitucional*”, Bahia, 1954, p. 32, nota n.º 33). — A Constituição do Paraná, promulgada em 1947, adotou o mesmo critério, nos casos de encorporação e anexação de Municípios, cf. art. 132, par. único, segunda parte” (*Liberdades Fundamentais da Pessoa Humana em Face do Estado, in* Revista da Fa-

culdade de Direito da Universidade do Paraná, vol. n.º 3, p. 219).

8 — O povo, para não se desesperançar, precisa ter ao seu alcance os meios jurídicos para a expansão dos seus anseios. Principalmente contra os abusos e os excessos do poder, não se lhe pode negar tôdas as possibilidades de defesa e coerção, reguladas, equilibrada e racionalmente, por meio de leis justas, úteis e convenientes à ordem jurídica e ao aperfeiçoamento do grupo organizado.

O simples fato de o povo possuir uma Constituição, como carta de liberdades e deveres, não quer dizer que êle seja de fato livre e bem cumpra, sempre, os seus deveres, as suas obrigações, que são também imensas.

Faz-se mister, pelo contrário, que o povo viva e sinta a Constituição, praticando-a superiormente, a fim de demonstrar que os seus preceitos não são apenas afirmações teóricas ou abstratas, mas, ao diverso, que se amoldam às realidades orgânicas da vida brasileira e constituem, ademais, um meio hábil ao pleno e racional desenvolvimento do cidadão nos seus atributos sociais e políticos, buscando o seu aprimoramento moral, intelectual e material, como partícipe da família, do Estado e da humanidade, em pacífica harmonia com os demais cidadãos dentro do burgo ou da cidade ou mesmo na esfera mais ampla da fraterna convivência com os cidadãos de outras pátrias e de gentes outras.

A democracia representativa, exercitada por homens bons, busca realizar êsses ideais, como — foi o que acentuámos em congresso de caráter internacional — a única expressão política verdadeiramente compatível com a dignidade da pessoa.

Nela as idéias de liberdade e preeminência dos direitos humanos encontram campo propício ao seu racional desenvolvimento e grandeza.

O homem, como unidade moral, social e econômica, destinado a viver, juntamente com os outros homens, em pacífica harmonia e cooperação mútua, recebe a idéia democrática de organização do poder como um imperativo irresistível a ressoar, profundamente, na sua razão e na consciência.

Daí o afirmar BARTHÉLEMY que o regime democrático se agiganta, na época em que vivemos, de profundas mutações sócio-políticas, na esteira dos fatos inevitáveis: “Uma atração

profunda, misteriosa, irresistível, poderosa e fatal como uma força da natureza encaminha os povos para a democracia. Pode-se criticar o movimento democrático, mas deve-se levar em conta que isso constitui um trabalho tão vão como o de criticar o curso das estações ou a atração dos astros” (*La compétence dans la démocratie*, p. 251).

Constitui, o sistema democrático, um princípio generoso e nitidamente *evolucionista*, à procura da efetividade, tanto quanto possível, dos ideais de liberdade, igualdade civil e justiça social.

A norma democrática de organização do governo dá forma e substância ao Estado, tendo por finalidade precípua, não o próprio Estado, mas, sim, o *homem* em seus naturais e indiscutíveis atributos morais e sociais, atributos que nunca podem ser anulados ou absorvidos nem pela sociedade, nem pelo comando dessa mesma sociedade.

*Todo poder* — repita-se o grande enunciado constitucional — *emana do povo e em seu nome será exercido*, o que equivale dizer que a verdadeira democracia é um *meio* que encontra a sua base, essencialmente, na própria personalidade humana. Veja-se, neste passo, a origem, a etimologia da própria palavra *democracia*, que isso mesmo nos ensina (*Demos — Krateirn*).

A sua característica eminentemente popular decorre do elevado e histórico discurso proferido por LINCOLN, um dos numes tutelares da União Americana, em Gettysburg: *governo do povo, pelo povo e para o povo*.

O princípio político que ela suscita, princípio alto, nobre, generoso e quase divino, derrama uma espiritualidade digna de nota e que levou ROUSSEAU a escrever e proclamar, no seu famoso e discutido *Contrato Social*, que “*se houvesse um povo de deuses o seu governo seria democrático*”.

Devemos buscar, porém, a sua realização concreta por meio de um sistema racional de controles e limitações, mas humano e sensível às realidades da vida contemporânea, realidades tão ricas de substâncias novas e que se renovam e sucedem a cada passo, repletas, contudo, de deshumanizações do homem e de erros econômicos e sociais que pedem soluções equilibradas e bem orientadas, em favor, principalmente, dos juridicamente fracos, dos simples e dos humildes.

Hoje em dia, monta acentuar, em face da dinâmica moder-

na que tudo transforma e modifica, no plano das realizações humanas, dada a extraordinária latitude tridimensional da técnica e da ciência, já não mais existe clima nem ambiente para o ronceiro tipo de “democracia passiva, liberal, individualista e clássica”, segundo o figurino político ditado pelos pontífices do século XVIII. Essa é, evidentemente, uma *democracia passada*, superada no tempo e no espaço, democracia encarquilhada e inamoldável ao intenso conteúdo social da época que vivemos, a que o professor GEORGES BURDEAU dá o nome de “democracia governada” (*Science Polit.*, v. IV, p. 441).

É indispensável, pelo contrário, a prática de uma “democracia governante”, democracia que seja atuante, realizadora e compatível com a característica dinâmica da nossa era. Democracia, não resta dúvida, de sentido *evolucionista* e que não se atrite com as excelências da liberdade, do pluripartidarismo e do regime representativo e no seio da qual predomine, de fato e de direito, como resultante feliz de uma elevada e benemérita organização da opinião pública, a vontade do povo em ambiente de “poder aberto”. Deve, pois, servir como catapulta aos movimentos generosos e benfazejos em prol do bem-comum, permitido o amplo e arejado debate das idéias e dos princípios, a fim de que do cotêjo esclarecedor entre os pontos concordantes e os discordantes, do entrechoque pacífico formado pelas lutas conservadoras e reformistas, possa resultar, para o homem, aquela paz espiritual só sentida por aqueles que pelejaram e se esforçaram, com denodo e desapêgo material, pelos ideais de justiça e fraternidade no meio social.

“O princípio da *democracia governante*” — ensina ainda o professor BURDEAU, em face do sistema de *poder fechado* — “é o de que êle deve deixar esperança aos que não participam do seu exercício. As duas regras não se excluem, mas sua coexistência depende da sabedoria dos homens que, dispondo do Poder, aprendem a não usá-lo para matar a liberdade” (op. cit., p. 480).

O tipo essencialmente dinâmico de democracia, de resto, nunca deve deixar de proclamar e defender o valor absoluto da pessoa humana, cujo bem-estar moral, social e econômico visa a aingir, através de aparelhamento governativo sempre voltado à conquista do *bem-comum*, na defesa intransigente de todos e para que todos possam usufruir, segundo os seus méritos e talentos, uma vida decente e feliz.

A democracia operosa e vigilante, fazendo sentir a sua presença executiva em ambiente de ordem e de equilíbrio entre a liberdade e a autoridade, para o aprimoramento da coexistência social, e “entendida como govêrno do povo pelo povo” — é o que professa, não sem algum laivo de dúvida, o professor MIGUEL REALE, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — “é um ideal, a expressão mais alta do ideal político, porque significa a Humanidade na condição — inatingível talvez — de só obedecer a si própria. É um rumo permanente, o imperativo do *dever ser político*” (*Teoria do Direito e do Estado*, S. Paulo, 1940).

O princípio de govêrno, que vimos descrevendo, se exalta e caracteriza, assim, por aquela força que R. H. GABRIEL chama de “fé democrática”, que “hace posible un equilibrio entre libertad y autoridad, entre la autonomía del individuo libre y la necesaria coerción del grupo organizado. La fe democrática es, pues, en esencia una filosofía del hombre” (cf. MANUEL GARCIA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1950, p. 262).

“Não idolatramos, entretanto, a democracia” — exclama com acêrto MACHADO PAUPÉRIO — “como outros o fazem. Ela não é um *fim* em si, mas apenas um *meio* de realização do bem comum. Felizes os povos que, como o suíço, não fazem da democracia um ídolo demagógico, mas procuram vivê-la para melhor satisfazer ao único imperativo do Estado: servir à pessoa humana” (*Revista Forense*, vol. 152, 1954, p. 16).

Filosofia humana, porque do homem, inquestionavelmente, a sua origem, e destinada, num ambiente de equilíbrio e respeito ao direito de cada um e de todos, a propiciar meios de desenvolvimento pacífico do cidadão no conjunto social, a democracia objetiva ou tende a assegurar, em suma, em têrmos políticos de organização e racionalização do poder, sob o consentimento dos governados, a plena e normal exequibilidade dos direitos inauferíveis do ser humano, para a preservação de sua vida, de sua liberdade e do seu anseio de procura da felicidade, em atmosfera de segurança moral, intelectual e material. Só assim o homem se aprimorará. E só assim protegido e assistido, e co-operando com tôdas as forças de suas mãos, do seu cérebro e do seu coração aberto às pulsações de justiça e solidariedade social, poderá o homem também conquistar, em bases concretas

e estáveis, o direito de não ter medo. De não ter medo nem do homem, nem do próprio Estado!

Nessas condições, o ideal democrático, em cujo elenco de institutos e garantias jurídicas figura, não há dúvida, a ação popular de natureza civil, quando efetivamente atingido ou aperfeiçoado no seu exercício, construirá, — tenhamos fé e esperança nos dias futuros, — não a confusão de gente bruta dentro da *jungle* assustadora, em que o homem como que às vezes pretende regressar àquele sórdido estado do *homo homini lupus* (o homem seria o lobo do próprio homem), segundo a velha e pessimista concepção de HOBBS, mas, sim, a fusão fraterna da humanidade, num clima de liberdade, de concórdia e de tolerância, fundado precìpuamente na salvaguarda, não só pelos governantes, como pelos governados, da eminente dignidade da pessoa humana, sob o seu tríplice e fundamental aspecto: o *homo socialis* (compreendendo a um só tempo a sua elevação moral e espiritual), o *homo oeconomicus* e o *homo sapiens*.

Não nos esqueçamos, todavia, da lição candente e expressiva de um dos mártires dos govêrnos despóticos, EDUARDO BENES, ex-presidente da Tchecoslovaquia, que declarou que “a democracia não é apenas uma questão de instituições democráticas mais perfeitas, mas, antes de tudo, uma questão de *homens democráticos mais perfeitos*” (apud WILSON MARTINS, *Introdução à Democracia Brasileira*, editôra Globo, p. 89).

9 — O Poder Público, nas democracias, age em função do mandato que lhe é outorgado pelos componentes do corpo da nação politicamente organizada. Os seus agentes devem ser virtuosos e justos em todos os seus procedimentos, porque encarnam, em última análise, nos seus atos e programas administrativos, desde que voltados ao bem-comum, as aspirações de melhoria das condições de ambiência e convivência de todos os integrantes da comunidade. Por isso, são os seus representantes dotados de poder imenso, como titulares da autoridade creada pelas razões maiores de ordem e sobrevivência do grupo organizado, devendo agir, numa palavra, movidos pelos imperativos da justiça. A verdade aristotélica precisa aqui ser relembrada: “Terrível calamidade é a injustiça que tem armas na mão. As armas que a natureza dá ao homem são a prudência e a virtude. Sem virtude, êle é o mais ímpio e o mais feroz de todos os seres vivos; mais não sabe, para sua vergonha, que amar e comer.

A justiça é a base da sociedade. Chama-se julgamento a aplicação do que é justo” (*A Política*, Atena Editôra, S. Paulo, p. 13).

A *actio popularis* é, a um só tempo, um corretivo e uma prática de elevada democracia. Corretivo jurídico previsto pelo constituinte nacional para servir como último reduto defensivo do patrimônio público, que êste deve estar entregue, em princípio, à guarda inflexível do próprio govêrno, creado para funcionar como um todo harmônico acastelado na prudência, na honestidade e na preservação dos valores essenciais “que podem tornar a vida digna do homem e o homem digno de si mesmo”, valores que, no dizer do professor DARCY AZAMBUJA, “poderiam ser resumidos em um só: Justiça” (*Anais do Congresso Jurídico Nacional*, Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Pôrto Alegre, vol. I, p. 29).

Como já foi dito, inscreve-se a *actio popularis* de natureza civil no amplo conjunto de institutos jurídicos e democráticos. Mas a própria democracia, quaisquer que sejam as suas formas ou os seus estilos de atividade, como expressão humana, jurídica e filosófica, é ao mesmo tempo um *direito* e um *dever*, devendo assim comportar-se em função do interêsse geral.

A democracia, como regime em que o povo elege periódicamente os seus governantes, para que êstes governem de acôrdo com a opinião pública, regime de poderes controlados e coordenados entre si (*le pouvoir arrête le pouvoir*) e refratário a privilégios e a distinções perante a lei, a democracia é, todavia, uma alta responsabilidade e exige sacrifício e espírito de luta, devendo ser sincera e patriôticamente praticada.

Bem nos adverte o professor DARCY AZAMBUJA: “Ela é, simplesmente, uma forma de govêrno, ou melhor, uma forma de escolher os governantes e um método de exercer o poder. A forma de escolha é a eleição, o método é a conformidade com a opinião pública. Em faltando um dêsses elementos, não existe democracia; os dois concorrem, ela se constitui. — Conseqüentemente, a democracia, por si mesma, como forma de govêrno, não tem nenhuma dependência necessária com a organização social, com a organização econômica, com as idéias morais, filosóficas ou religiosas da sociedade. Por isso, também, a democracia por si mesma não faz a felicidade ou a infelicidade dos povos. Ela é um método de govêrno por meio do qual os povos bons se encaminham para o bem e os povos máus se encaminham para o mal. Se existisse um povo de santos, seus gover-



nantes fôsem eleitos e governassem de acôrdo com a opinião pública, teríamos uma democracia onde reinaria a justiça, a bondade e a caridade. Se existisse um povo de facínoras, seus governantes fôsem eleitos e governassem de acôrdo com a opinião pública, teríamos um regime democrático onde imperaria o crime, a crueldade e o ódio. Nem aquela seria uma democracia boa, nem esta uma democracia má, senão na medida em que os governantes eleitos governassem ou não de acôrdo com a vontade dos governados. Os resultados bons ou máus da democracia dependem, pois, da qualidade da opinião pública em que ela se apoia. Ela é um espêlho onde se reflete fielmente a fisionomia moral da sociedade, é água cristalina ou turva que recobre e se amolda ao relêvo do solo onde correr e dêle carrega, pela ação mecânica e química, o ouro ou a lama. — A democracia sòmente promoverá a prosperidade geral, a ordem e a justiça, se a consciência da sociedade estiver impregnada das idéias de justiça, de ordem e dever que tem cada um de trabalhar para o bem geral. Onde não existe opinião pública, não pode existir democracia; onde a opinião pública fôr corrupta, intolerante e mal orientada, corruptos, intolerantes e desorientados serão os govêrnos democráticos. A democracia é um instrumento aperfeiçoado, capaz de produzir as obras mais ilustres e beneméritas, se o povo que o maneja tiver inteligência, aptidão e caráter; e é um aparelho inútil, senão prejudicial, nas mãos de povos incultos, ociosos ou decrépitos, sem a consciência de seus deveres e o orgulho do seu destino” (op. cit., p. 28).

10 — Que a prática efetiva da ação popular, segundo o môdêlo constitucional, se transforme num aprendizado de civismo, impregnado do sentimento de justiça e da lei.

Dela muito espera a comunidade brasileira, nesse plano alto de integração jurídica e social, em benefício das três esferas de administração pública, a federal, a estadual e a municipal, com os seus desdobramentos funcionais ou autárquicos.

O povo, nas democracias, em os Estados de Direito, constitui, no dizer de JACQUES MARITAIN, “a própria substância — a substância viva e livre — do corpo político”. Mas nunca deve ser colocada no olvido esta verdade, também posta em relêvo por MARITAIN: “O povo está acima do Estado, o povo não existe para o Estado, mas o Estado é que existe para o povo” (*O Homem e o Estado*, editôra Agir, p. 38). Ou, por outras

palavras, como foi reconhecido, unânimemente, pelo I Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado em São Paulo no ano de 1954: “O Estado, como organização jurídico-política, é um *meio* e não um *fim*” (cf. ANAIS, I vol., p. 494). Um *meio*, altamente ético e organizado, é certo, para realizar, em plano racional e equilibrado, o govêrno, a administração, em favor do povo, de suas necessidades e do seu bem-estar. Mas “torna-se também necessário” — esclarece ainda MARITAIN, ao exaltar a célula viva da nação politicamente organizada — “que o povo possua a vontade e disponha dos meios que lhe garantam a sua própria fiscalização do Estado” (op. cit., p. 38 — os grifos não são do original).

Não há dúvida que a ação popular de natureza civil, objeto de nossas considerações, deve ser incorporada à estruturação jurídica e essencialmente democrática do Estado Brasileiro, na categoria de um meio hábil e eficaz, destinado não só à salvaguarda e fiscalização da coisa pública, como ainda ao aprimoramento de nossos costumes políticos, tão carentes, nestes últimos tempos, de afirmações saudáveis e reparadoras.

São êstes os nossos votos e a nossa entranhada fé neste pregar de idéias sôbre a nossa democracia, que, sem fugir do seu destino humanístico, representa, contudo, “a única maneira de alcançar uma *racionalização moral* da política”, sendo, por isso mesmo, “uma organização racional das liberdades fundadas sôbre a lei”, segundo os conceitos de JACQUES MARITAIN e MIRKINE GUETZÉVITCH (op. cit., ps. 73-74).

A política, como muito bem assevera o professor ALIOMAR BALEEIRO (*A Política e a Mocidade*, p. 33), deve ser posta ao serviço do *bem-comum*. E os políticos principalmente, não só pelos seus programas sedutoramente apresentados ao povo, quando da disputa de sua preferência eleitoral para a conquista do poder, como, ainda, e sobretudo, por seus atos e pelos seus exemplos, devem estar impregnados desta verdade inconfundível: a virtude e a prudência, aliadas ao cumprimento fiel da norma jurídica, constituem o *substratum* das administrações moralizadas e moralizantes no Estado moderno, eternas na estima pública.

11 — A ação popular, como salientámos, é um instrumento entregue ao corpo político da nação e institucionalmente restabelecido para funcionar, em sentido lato, contra os abusos do poder.

O mau governo, aquele que, por seus atos, propicia desordem no aparelhamento administrativo, com prejuízo para os legítimos interesses dos governados e conseqüente violação das normas asseguradoras do *bem-comum*, é o único que pode ser alcançado pela sua terapêutica reparadora.

Os bons governantes, certo, por ela não poderão ser atingidos. A sua função alta e pedagógica, quer corretiva, quer supletiva, foi instituída, não há negar, para os que se desvinculam dos deveres precípuos dos seus cargos, sejam ou não eletivos. Estes, sim, deverão temê-la, porque desviados, em suma, daqueles autênticos imperativos categóricos quanto às práticas morais e realizadoras na esfera do Poder Público.

A liberdade, desde que não anulada pela licenciosidade, é necessária ao homem e à sociedade. De sua vez, e operando sem discricionarismo e arbítrio opressivo, a autoridade, como fator de ordem e equilíbrio, igualmente é necessária ao homem e à sociedade. Ambas são forças de coesão social que não se contradizem, mas, antes, se conciliam, desde que situadas dentro dos seus justos e racionais limites. Devem, pois, viver de mãos dadas para as tarefas afanosas da conquista do *bem-comum*. Nunca devem ser vistas ou havidas como “realidades inimigas”, nem como poderes conflitantes, pois, como é fácil de depreender, significam, em suma, duas nobres afirmações que devem funcionar eticamente no sentido da maior preservação da paz, da tolerância e da segurança entre os homens de boa vontade.

A ação popular, não há dúvida, é um instrumento de liberdade política e democrática, por meio do qual os governados podem fiscalizar os atos dos governantes.

Convém que a sua adoção, no país, mediante a lei regulamentadora, seja um fator altruístico de ordem e vigilância, e não de desajustamentos e perturbações.

É o que, com tôda sinceridade, desejamos se concretize, confiantes no civismo da gente patricia, na clarividência dos nossos legisladores e na serenidade inflexível e escoreita dos magistrados brasileiros. A independência dos juizes, poderosamente resguardada pelo sistema da Carta de 18 de setembro de 1946, para que realmente seja a maior pilastra em que se assenta o arcabouço de nosso sistema jurídico-constitucional, precisa ser nobremente sublimada, como condição essencial ao bom funcionamento do regime instituído pelo constituinte brasileiro.

O problema da independência dos juizes, segundo a exata

e profunda observação desse eminente pontífice do direito, o mestre e amigo professor EDUARDO J. COUTURE — amigo e mestre a cuja memória rendemos, mais uma vez, a nossa mais sincera homenagem, coerentes com aquela “amistad profunda y sincera que promete olvidarse del tiempo y de la distancia” — representa, inquestionavelmente, a pedra angular de toda a organização do Poder Judiciário para a preservação do ideal puro de justiça dentro do ordenamento jurídico do moderno Estado contemporâneo: “... el problema de la independencia es un problema político, porque sólo cuando el juez es independiente sirve a la justicia por sí misma. Cuando no es independiente podrá, eventualmente, servir a la justicia; pero entonces la sirve por algo que no pertenece a la justicia misma (temor, interés, amor propio, gratitud, honores, publicidad, etc.)”, sendo também certo, como ainda proclamou eloqüentemente nas arca-das jurídicas das Américas o grande tratadista do direito processual civil, que “*cuando se afirma que el Poder Judicial es la ciudadela de los derechos individuales, sólo se afirma la existencia de una penúltima instancia. La última le constituye la independencia, la autoridad y, sobre todo, la responsabilidad de los jueces*” (*Estudios de Derecho Procesal Civil*, 1948, v. I, ps. 88 e 92).



## CAPÍTULO I

**12 - A origem do instituto. 13 - Divergências entre os jurisperitos.**

**14 - Espécies praticadas em Roma. 15 - Definições.**

12 — É indubitável que a origem das ações populares remonta ao vetusto Direito Romano.

Todos os tratadistas, quer nacionais, quer estrangeiros, realçam essa filiação, comprovada pela observação histórica.

A antiguidade clássica foi, assim, a fonte em que borbulharam as primeiras manifestações codificadas da *actio popularis* de natureza civil, daí influenciando o direito dos demais povos.

13 — Com efeito, abundaram entre os romanos as ações privadas e as públicas, estas também destinadas a qualquer do povo para a defesa do interesse geral, não só no aspecto pura-

mente cível, como ainda no exercício do *jus persecuendi* em matéria penal.

PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO esclarece, nesse sentido, que “ao lado das ações privadas — intentáveis por pessoa determinada (a parte lesada ou seus herdeiros) para a reparação de um dano sofrido pelo autor, ou condenação do réu, em favor daquele, a uma pena pecuniária — conheceram e praticaram os romanos as chamadas *ações populares*, exercitáveis por qualquer cidadão e tendentes à proteção de um interesse antes público do que privado do autor. Muito se aproximavam ditas ações, por êsses dois traços característicos, das ações públicas romanas. Estas últimas, também, eram dadas a qualquer do povo em defesa do interesse público. Mas, ao passo que tinham por objeto a repressão de certos crimes, a respeito dos quais leis particulares instituíam jurisdição permanente, processo e penalidade especiais, eram as ações populares, como as ações privadas em geral, verdadeiras ações civís, por isso que ajuizadas perante os mesmos tribunais, instruídas e julgadas pela mesma forma e tendentes, também, a uma condenação pecuniária em favor do autor. Uma vez contestadas, perdiam mesmo o seu caráter de populares, tornando-se pessoais de quem as propuzera. (BONJEAN, “*Traité des Actions*”, vol. II, § 258, nota 1; GIAM-BATTISTA LUÉ, “*Azione popolare*”, n. 15)” (*Ensaio sobre a ação popular*, S. Paulo, 1936, ps. 9-10).

Há, contudo, divergências entre os autores sobre a verdadeira teoria adotada pelos jurisconsultos romanos em torno das ações populares, notadamente quanto à sua natureza jurídica e regras específicas.

A corrente liderada por SAREDO e TOMASO BRUNO (o primeiro com os seus ensinamentos enfeixados na obra intitulada “*La legge sulla amministrazione comunale e provinciale*”, vol. VI, parte II, n. 1684, e o segundo com a sua dissertação incluída no “*Digesto Italiano*” no verbete “*Azione popolare*”, cap. I, n. 2) sustenta que o autor popular agia como representante do Status, postulando, portanto, movido por um interesse que não era diretamente seu.

A segunda, cujo corifeu foi BRUNS, seguido por IHERING, MAYNZ, KUNTZ, ARNDTS, SERAFINI e outros (*apud* PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, op. cit., p. 10), de sua vez proclama que “o autor popular só agia como representante do Status quando a ação objetivava uma pena pe-

cuniária legal; quando tendia, porém, a uma pena pecuniária *pretória*, agia o autor por direito e em nome próprio, a fim de obtê-la em seu favor. As ações da segunda espécie é que eram, a seu ver, as verdadeiras ações populares; as da primeira, seriam apenas ações afins”.

Os expositores, entretanto, não receberam sob plena harmonia de vistas as afirmações doutrinárias de BRUNS. Sua maneira de apreciar o instituto, com efeito, foi refutada por BRINZ. Este autor, consoante ainda assinala PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO no seu substancioso estudo, “aceita a distinção entre ações populares fundadas na lei e ações populares fundadas nos éditos dos pretores, mas atribui a todas elas caráter procuratório. Foi também contestada por CODACCI PISANELLI, para quem, ainda que revertendo a pena pecuniária em favor do autor popular, agia este, em todos os casos, como representante do Status. Argumentou êle com a colocação do título “De popularibus actionibus” logo depois da tratativa dos “delicta privata” e antes do título “De publicis judiciis”; com a definição de ação popular dada por PAULO — “*quae jus suum populi tuetur*” — na qual a palavra “populus” corresponde a “Status”; argumentou, afinal, com os traços comuns à generalidade das ações populares, exercitáveis pelos cidadãos em defesa de direito que a êles pertencia como membros da comunhão política” (op. cit., ps. 10-11).

O que importa acentuar, contudo, é que a tutela dos interesses da coletividade estava realmente entregue a qualquer do povo, contanto que fôsse portador do orgulhoso *status* de cidadão romano, na fase da República.

Os escravos, como é óbvio, não na poderiam exercer, porque considerados meras coisas, e não homens portadores de dignidade pessoal e política. Com efeito, conforme já escrevemos em outro trabalho, a antiguidade, franca adepta da escravidão, desconhecia quase que completamente os direitos essenciais inerentes ao ser humano. Grécia e Roma, afora uns assinalados conteúdos de liberdade política, ofereciam, na verdade, um esplendor de absolutismo estatal, relegados, que eram, à condição de escravos, não só os vencidos na guerra, como também os que se achavam agrilhoados pela mais vil e abjeta servidão. O homem, na antiguidade, ou era cidadão livre, ou era escravo. E, quando escravo, não se lhe dava qualquer direito, quer de ordem política, quer de ordem pessoal. Nas *polis* espartanas e atenienses

ou nas *civitas* romanas o escravo, em suma, estava atirado à simples e ignóbil condição de *coisa*, de *mercadoria*, e não de homem! (*Liberdades Fundamentais da Pessoa Humana em Face do Estado*, ARY FLORENCIO GUIMARÃES, Curitiba, 1955, ps. 10-11).

NELSON DE SOUZA CARNEIRO isso mesmo salienta em sua oportuna e bem lançada dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Bahia, adiantando que o “Estado conferia a todo o membro da cidade o poder de iniciá-las, como procurador do povo”, não necessitando, porém, o “particular de recorrer, fôsse ao *cognitor*, fôsse ao *procurator*” (*Das Ações Populares Cíveis no Direito Brasileiro*, ed. da Of. Gráfica do “Jornal do Brasil”, Rio, 1951, p. 15).

14 — O direito romano, na antiguidade, emprestava à ação popular, como vimos, uma considerável amplitude.

Através do seu exercício, eram as populações protegidas, não só em face das violações das normas de caráter penal, como também por motivo das infringências dos interesses da comunidade.

Os interesses pròpriamente individualizados, em tórno dos quais o cidadão agia para satisfação, em seu abono, de uma prestação pecuniária qualquer, à vista da coisa pública mal-feita pelo sujeito passivo da ação, constituíam o objeto de autênticos interditos populares, intentados, na verdade, em defesa da *res publica*, mas coincidentemente com o próprio interesse do cidadão.

Foram conhecidos e praticados, nessa categoria, dentre outros, os seguintes interditos: o de defesa pessoal do uso das vias públicas — *interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat*; o de defesa da utilização dos rios como ancoradouros, bebedouros, etc. — *interdictum ne quid in flumine publico ripare ejus fiat*; o de defesa do uso dos esgotos públicos — *interdictus de cloacis*.

As medidas cautelares visavam, tôdas, consoante ficou exposto, à defesa das coisas públicas (principalmente os lugares sagrados, as vias públicas e os rios), “pois que valia para todos” — acentua PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO — “a regra geral de POMPONIO, segundo a qual era permitido a todos pedir, a respeito dos lugares públicos, o que correspondesse ao uso geral, como ruas e caminhos públicos, pelo que a

respeito delas podiam usar todos dos interditos (*Quilibet in publicum petere permittendum est id quod usum omnium pertineat, veluti vias publicas, itinera publica; et ideo quilibet postulare de his interdicitur* — fr. 1, L. 43, t. 7) — op. cit., p. 13.

Existiam, ainda, a par dos mencionados interditos populares, outras espécies de lides públicas.

É oportuna a discriminação que de suas principais modalidades nos adianta PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO: a de *sepulchro violato* (aqui o interessado, sujeito ativo da *actio popularis*, podia requerer *quantum aequum*, isto é, aquilo que mais lhe fôsse conveniente; é que a violação sepulcral era considerada como um grave e imperdoável sacrilégio, podendo, outrossim, qualquer do povo, na falta de interessado direto ou recusando-se êste a agir, pedir para si uma condenação pecuniária); a de *dejectis et effusis* (cabível contra aqueles que lançassem objetos na via pública); a de *positis et suspensis* (a ser exercitada contra aquele que, mantendo objetos em suspenso nos telhados ou coberturas, não tomasse as necessárias precauções para lhes evitar a queda em lugar frequentado); a de *albo corrupto* (mediante a qual podia ser imposta u'a multa a todo aquele que, agindo dolosamente, viesse a alterar o édito (álbum) no qual o pretor, ao entrar em funções, declarava, solene e públicamente, a maneira pela qual faria observar as leis no tocante à administração da justiça); a de *bestiis* (tratava-se da aplicação de um édito que impunha penas pecuniárias aos proprietários de animais não mantidos em condições de não prejudicar a terceiros); a de *termine moto* (constante da lei agrária de CAIO CESAR e mediante a qual eram punidos os removedores de marcos assinaladores de limites entre as propriedades privadas, atentas as suas condições personalíssimas; de carácter popular, por isso que todos poderiam exercitar a ação, inclusive os diretamente interessados na mudança ou manutenção dos marcos); a de *homine libero exhibendo* (interdito previsto pelo L. 43, título XXX do Digesto, a ser exercitado por qualquer cidadão (fr. 3 § 9.º h. t.) para exibição, diante do pretor, do homem livre que estivesse dolosamente retido — o germe do *habeas-corpus*, típica *actio popularis* garantidora da liberdade de locomoção); a de *assertio in libertatem* (por meio da qual os parentes dos que devessem ser libertos eram admitidos a litigar, por êles, na qualidade de assistentes, qualidade que podia caber, em certos casos, também a *estranhos*); a de



*accusatio suspecti tutoris* (ação que ULPIANO, no L. 26 tit. X, fr. 1 § 6, declara quasi pública, ou permitida a todos; através dela eram argüidos de suspeitos os tutores por qualquer do povo, na posse do *status* de cidadão); a *actio de collusione detegenda* (para denúncia, por qualquer do povo, de conclusão entre escravos e antigos senhores para o efeito de serem os primeiros declarados ingênuos; o prêmio, a ser obtido na ação denunciatória, era o recebimento do escravo); a ação pelos legados *ad pias causas* (que consistia num corretivo aos bispos e arcebispos negligentes no reclamarem o cumprimento dos legados para obras pias; qualquer cidadão podia impetrar tal espécie de ação, considerada de interesse público ou comum); e, finalmente, a ação pelas somas perdidas no jôgo, a qual se destinava à repetição do *quantum* perdido; desde que não intentada pelo prejudicado ou seus herdeiros, podia a lide ser manifestada por qualquer cidadão e especialmente *a patri aut defensoribus illius civitatis*.

Esse amplo e variado conjunto de ações populares, ora agindo o cidadão em nome próprio para a defesa da coisa pública, ora em nome do Estado ou do Município para a salvaguarda de interesses coletivos não individualizados em sua pessoa, gerou a conhecida distinção, — feita inicialmente pelos estudiosos da idéia romana, que, no dizer de CHIOVENDA, “é a alma e a vida do processo moderno” (Ensayos de Derecho Procesal Civil, vol. 1, p. 352, trad. de SANTIAGO SENTIS MELLENDO, Buenos Ayres, *apud* FRANCISCO RAITANI em “A Ação Popular no Direito Brasileiro”, p. 5), — entre as chamadas *ações populares públicas e ações populares privadas* (cf. SEABRA FAGUNDES, “Rev. de Direito Administrativo”, vol. VI, p. 1; PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, *op. cit.*, ps. 11-13; NELSON CARNEIRO, “Rev. de Direito Administrativo”, vol. 25, p. 468; CLOVIS BEVILAQUA, “Projeto do Código Civil”, “Trabalhos da Câmara, vol. IV, p. 222).

15 — Já verificámos que a franquia da *actio popularis* é de origem genuinamente romana, constituindo autêntica prerrogativa do cidadão, como também refere CARLOS MAXIMILIANO (*Constituição Brasileira*, comentários, vol. 3, p. 172).

Aos jurisconsultos romanos cabem, igualmente, as primeiras definições do instituto.

A primeira definição, clássica e propecta, consagrada en-

tre os jurisperitos da antiga Roma, nos é ministrada por PAULO no Digesto, liv. 47, título 23, frag. 1, de *popularibus actionibus*: “Denominamos ação popular aquela que ampara o direito próprio do povo” — *Eam popularem actionem dicimus, quae suum jus populi tuetur*”.

No mesmo sentido a definição de ULPIANO, em o Digesto, liv. 47, tít. 23, frag. 6.

Oportuno é citar, neste passo, algumas outras definições de abalizados sabedores do direito, mais de perto ligados à nossa formação jurídico-constitucional.

JOSÉ CORRÊA TELLES, na sua “Doutrina das Ações” (acomodada ao fôro do Brasil por AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS), assim conceitua a ação popular: “As ações populares são as que podem ser intentadas por qualquer pessoa do povo, para conservação e defesa de coisas públicas”. Com esta observação, em a nota 13: “Nada obsta a qualquer do povo poder demandar contra a usurpação de coisas de uso público, ou embargar a obra nociva ao lugar público, como a rua, o mar, o rio público” (*apud* FRANCISCO RAITANI, op. cit., ps. 5-6).

A concisa definição registrada por PEDRO NUNES também se acha vinculada ao sentido precípuo de resguardo das coisas públicas: é a “que se atribui a qualquer pessoa do povo para defender ou conservar as coisas públicas” (*Dicionário de Tecnologia Jurídica*).

SEABRA FAGUNDES, arrimado nos conceitos de administrativistas de escol, como VELASCO (*El Ato Administrativo*, 1929, p. 280); DUGUIT (*Traité de Droit Constitutionnel*, 1929, vol. I, p. 233); BIELSA (*Derecho Administrativo*, 1938, vol. I, p. 623); e WONDON (*Traité des Choses Publiques*, ps. 128-129), professa a seguinte definição, já na vigência da Carta de 1946: “Ação popular é aquela por meio da qual o indivíduo provoca o pronunciamento do órgão judicante (em nosso regime político o Poder Judiciário) sobre atos ou abstenções da Administração Pública, que, não ferindo direito seu, afetem, de qualquer modo, o direito objetivo no que concerne aos serviços públicos, ao domínio do Estado, às servidões administrativas e às obrigações públicas” (*Da Ação Popular*, “Revista de Direito Administrativo”, vol. VI, p. 1).

CARLOS MAXIMILIANO é sucinto no definir o instituto: “Chama-se *popular* a ação que qualquer cidadão pode pro-

por contra ato de autoridade” (*Revista dos Tribunais*, vol. 181, p. 522).

Para JOSÉ NAUFEL entende-se por ação popular “aquela que, por força de dispositivo constitucional, compete a qualquer cidadão para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista (verbete “ação popular”, *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*, José Konfino editor, 1.º vol., p. 74).

A ação popular, assim sendo, sob os imperativos da Constituição Federal, vem a ser o tipo especial de ação civil, a ser exercitado por qualquer cidadão brasileiro, no uso e gozo dos direitos de nacionalidade, a fim de pleitear, em juízo, a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

É, por outras palavras, o exercício cívico e postulatório por parte de qualquer do povo, desde que possua os requisitos de cidadania, para o efeito de desfazer atos governamentais atentatórios ao interesse público.

Medida de exceção, é verdade, mas que se destina a repor os atos administrativos, no seu fundo e na sua forma, dentro das legítimas finalidades dos órgãos estatais e assemelhados, em benefício geral.



## CAPÍTULO II

### **16 - Os praxistas e a sobrevivência das ações populares. 17 - O regime adotado pelo Código Civil Brasileiro.**

16 — As Ordenações Filipinas, acentua NELSON CARNEIRO, não se referiram, expressamente, às ações populares (op. cit., n. 22, p. 35).

Surgiu, isso não obstante, o ensinamento de vários juristas, ora no sentido de sua completa abolição, ora no sentido de sua sobrevivência para certos e determinados casos, não só em Portugal, como no Brasil.

O nosso insigne TEIXEIRA DE FREITAS, como já vimos, proclamava a veracidade da corrente que pleiteava a sua manutenção como instrumento jurídico posto ao serviço da defesa das coisas públicas, na categoria de autêntico interdito (*Doutrina das Ações*, nota 13 ao § 11), pois preconizava, “também, o embargo para a defesa dos bens públicos, mas quando exemplifica o faz de sorte a restringir a amplitude ilimitada com que CORREIA TELES o aceita. Assim, aponta como exemplos os casos onde estejam em jôgo *terrenos de marinhas e acrecidos marítimos ou fluviaes* nos quais *certas pessoas* agem em virtude de *direitos de preferência*, que lhes são reconhecidos pela legislação. A *preferência* restringe o direito de agir, fazendo-o dependente de situação jurídica especial” (SEABRA FAGUNDES, op. cit., p. 5).

Por sua vez CORREIA TELLES (*Manual do Processo Civil*, anexo ao Digesto Português, § 108), LOBÃO (*Interditos*, § 113), CARVALHO D EMENDONÇA (*Rios e Águas Correntes*, 198) e COELHO DA ROCHA (*Direito Civil*, § 605), segundo nos afiança NELSON CARNEIRO, sustentaram a tese da existência e salutaridade da ação popular, para os casos já apontados, colocando-se, porém, em campo oposto DIAS FERREIRA (*Código Civil Português*, II, 39).

Entendemos que as ações populares, quer as de natureza civil, quer as de ordem essencialmente penal, nunca desapareceram, de todo, do nosso direito, ainda que seja verídica a aguda observação de SEABRA FAGUNDES, que, citando EDUARDO ESPÍNOLA (*Manual do Código Civil*, de Paulo de Lacerda, ed. Jacinto, vol. III, 1.<sup>a</sup> parte, p. 134), preleciona que, “a não ser em matéria eleitoral, o nosso direito não tem acolhido a ação popular, nem em sentido amplo, nem duradouramente. Encontram-se casos na vetusta legislação do Império e na dos primeiros anos da República, mas lhes falta, pelas matérias que envolvem o sentido capaz de chamar o povo a intervir, que é o da repercussão do assunto em interesses individuais difundidos e empolgantes” (op. cit., p. 4).

Cabe ainda a SEABRA FAGUNDES, justificando a sua assertiva, esclarecer que “tal sucede com o dec. 2.691, de 14 de novembro de 1860, que marca os casos de falência dos Bancos e outras Companhias e sociedades anônimas, e o processo que em tais casos se deve seguir, o qual permite, quando houver emissão ou conservação na circulação de títulos ilegais por

parte do Banco, ao lado das providências administrativas (policial ou fiscal), a apreensão judicial “por denúncia, ou a *requerimento de qualquer pessoa do povo*” (cf. art. 2.º, § 2.º, e arts. 3.º e 4.º). Tal sucede, igualmente, com a ação de dissolução “de associações de fins religiosos, morais, científicos, artísticos, políticos ou de simples recreio”, quando promoverem fins ilícitos ou se servirem de meios ilícitos ou imorais, que podia ser promovida sob “*denúncia de qualquer pessoa do povo* ou do Ministério Público”, nos termos da lei n.º 173, de 10 de setembro de 1893” (cf. art. 13) — op. cit., p. 4.

Quanto aos procedimentos penais, afigura-se-nos também oportuno lembrar o preceito da primeira Constituição Brasileira, jurada e outorgada por Dom Pedro Primeiro, “por graça de Deus e unânime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil”, em 25 de março de 1824, após a declaração de nossa emancipação política.

Aquele Magno Estatuto, se bem que de conteúdo monarquista, não deixou de mencionar, expressamente, no título relativo ao Poder Judicial, em o seu capítulo único correspondente aos Juízes e Tribunais de Justiça, o bem lançado art. 157, que assim estabelecia: “Por suborno, peita, peculato e concussão, haverá contra eles (juízes de direito e oficiais de justiça) *a ação popular*, que poderá ser intentada, dentro de ano e dia, pelo próprio queixoso, ou *por qualquer do povo*, guardada a ordem do processo estabelecido na lei” (os grifos não são do original). Caso típico, não há dúvida, de ação do povo, em matéria de responsabilização penal.

PIMENTA BUENO, salientando a alta finalidade do grave e moralizador preceito, quanto ao comportamento daqueles que eram, ao tempo do Império, os encarregados das tarefas pertinentes à administração da justiça, borda, a propósito, os seguintes comentários: “Os cidadãos ou indivíduos ofendidos em seus direitos ou legítimos interesses têm ação própria contra os juízes que cometerem tais abusos. Os cidadãos em geral, mesmo os não ofendidos, têm o direito de denunciar e assim provocar a responsabilidade dos magistrados quando violem a lei. A Constituição, porém, não contente com isto, e para mais garantir a probidade dos juízes, deu a qualquer do povo o direito de intentar a ação criminal contra aquêle que porventura se torne delinqüente por suborno, peita, peculato ou concussão. Não só são crimes, mas crimes de um caráter tão ofensivo da

honradez do julgador, que quebranta a moral pública; é pois justo que qualquer do povo possa vindicar essa injúria feita à lei e à sociedade, promovendo por si mesmo a devida punição” (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, 1857, p. 337).

O *habeas-corpus*, por seu turno, nunca deixou de ser, em nosso direito, mesmo na época imperial, instituto tipicamente de uso popular e destinado, precìpuaemente, a defender a liberdade de locomoção de pessoas sujeitas ou ameaçadas de ilegalidade ou abuso de poder. Merece ser assinalada, aqui, a lição, ainda atual, ministrada por AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, no sentido de que “qualificar as ações populares só no aspecto do Juízo Cível, para conservação ou defesa de coisas públicas, é restringir sem exatidão a idéia; havendo as conhecidas ações populares, ou públicas, do Juízo Criminal, de que tratam a Constituição do Império, no art. 157, e o Código de Processo Criminal” (*apud* FRANCISCO RAITANI, op. cit., p. 10).

17 — O tema da sobrevivência da ação popular de natureza civil ganhou relêvo quando dos estudos realizados em nosso país em derredor do projeto do Código Civil.

Duas correntes abertamente se formaram sôbre a importante matéria, cada qual ciosa do seu modo de encarar a testilha.

Mestre CLOVIS BEVILAQUA, decidida e brilhantemente, abraçou a tese da completa supressão do instituto, tendo o debate girado em tórno do texto do art. 184 do projeto, que assim dispunha: “*Para propor ação em juízo, assim como para contestá-la, é necessário ter nela interesse legítimo, seja econômico ou de ordem moral. O interesse moral só autoriza a ação quando se referir diretamente ao autor ou à sua família*”.

A integral preceituação do projeto não mereceu, todavia, o aplauso de ANDRADE FIGUEIRA. Não obstante reconhecer que “o artigo proscrevia as ações populares, que nós tínhamos no direito bizantino da monarquia”, era o eminente conselheiro de entendimento que “a ação popular, provendo à defesa das coisas públicas, devia ser mantida”, razão pela qual propunha fôsse suprimida a última parte da disposição do projeto, a fim de que o novo estatuto civil não deixasse ao arrepio da legislação codificada o instituto da ação popular.

O debate foi erudito e despertou a atenção dos juristas.

Prevaleceu, afinal, o ponto de vista de CLOVIS BEVILACQUA, que sustentou, em oposição ao entendimento de ANDRADE FIGUEIRA: “Se as ações cíveis populares existiram no direito romano e dêle passaram para as legislações dos países que surgiram do esfacelamento do Império dos Césares, isto se compreendia em um estado de direito em que a organização política não está suficientemente desenvolvida, de modo que seja indispensável que os particulares estejam velando pelos interesses públicos”. E acrescentou o grande e inolvidável civilista: “Na organização política moderna atos que davam origem às ações populares passaram, em parte, a ser classificados entre os crimes reprimidos pelo Código Penal, em parte, entre as matérias especiais das leis de Polícia; em parte, entre os assuntos regulados por posturas municipais, e, finalmente, entre as ofensas a direitos individuais” (*Projeto do Código Civil Brasileiro*, Trabalhos da Câmara dos Deputados, vol. IV, ps. 221-222 e 278).

Da discussão legislativa, brilhante e conceituosa, surgiu, então, o texto do art. 76 do Código Civil, *expressis verbis*: “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse, econômico ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação, quando toque, diretamente, ao autor ou à sua família”.

Com o preceito da lei civil brasileira foram afastadas do nosso direito, não há dúvida, as ações tipicamente populares, ainda que ilustres juristas houvessem formulado suas críticas e ensinamentos em torno do citado texto do Código Civil, que entrou a vigorar, segundo aquela preceituação, instituído pela lei federal n.º 3.071, de janeiro de 1916, destacando-se, dentre os que negavam plena conformidade à exegese restritiva em face da ação popular, JOÃO MENDES (*Direito Judiciário Brasileiro*, 108), CÂMARA LEAL (*Teoria e Prática das Ações*, vol. I, n.º 27) e CARVALHO SANTOS (*Código Civil Interpretado*, vol. II, ps. 252-253).

CÂMARA LEAL, por exemplo, doutrinava: “Entendem alguns processualistas que, entre nós, não existem ações populares (CLOVIS, *Teoria Geral do Direito*, n.º 72; GUSMÃO, *Processo Civil*, n.º 93). Divergimos dos doutos mestres que assim professam. Si alguém fizer obra nociva ao uso dos bens de domínio público e o poder incumbido de sua guarda se conservar inerte ante a violação, a qualquer popular é lícito embar-

gar a obra, porque tem nisso legítimo interesse, pela privação que sofre do livre gozo do uso, tolhido ou embaraçado. Onde há legítimo interesse de agir, há o direito de ação" (*Teoria e Prática das Ações*, 1923, vol. I, n.º 27).

No mesmo sentido a opinião de CARVALHO SANTOS, que entendia que as ações populares, em certos e determinados casos, não haviam sido de todo proscritas do nosso direito positivo.

Com efeito, para êsse civilista, acostado à orientação de MORTARA, "o conceito do interesse não briga com a admissibilidade das ações populares, quando o indivíduo, ao promover a ação em defesa do interesse público, assume indiretamente a defesa do seu próprio direito pessoal. Quando muito se poderá dizer que êle não age somente por interesse pessoal, mas nunca se poderá negar que agisse sem interesse pessoal, vinculado e subordinado ao interesse coletivo" (op. cit., vol. II, ps. 252 253).

A nossa lei civil, todavia, abolira as ações populares, como o salienta CLÓVIS BEVILAQUA, ao comentar o significado jurídico e sistemático encerrado nos dispositivos já citados e segundo os quais o que prevalecia, daí por diante, era o interesse como medida da ação, a ninguém sendo lícito, pois, litigar sem demonstrar, em juízo, através dos procedimentos adequados, que um ato ou fato lhe causava prejuízo *individualmente*, num como que regresso ao velho aforisma — "*res inter alios acta vel judicata, aliis nec nocet procedes*".

CLOVIS isso mesmo deixou claramente explícito quando disse que "outra controvérsia, a que (O Código Civil) poz termo, foi a referente à persistência das ações populares, que, no direito romano, tinham por objeto a defesa dos bens públicos" (op. cit., p. 338, vol. 1).

Na realidade assim ocorre no sistema do Código, havendo, mesmo, a Comissão que estudara o assunto, na Câmara dos Deputados, justificado e resumido a tese vencedora nestes termos: "Por isso, desapareceram do direito civil moderno as ações populares, cujo objeto, em parte, entrou para a esfera do direito criminal, passando a constituir matéria de prescrições policiais, em parte converteu-se em direito pertencente aos indivíduos, quando são êstes diretamente lesados, e em parte constitui direito da coletividade, como pessoas jurídicas de direito público. Não tinham mais uma função especial a exercer, no



direito moderno, as ações populares” (*Trabalhos da Câmara*, vol. IV, ps. 221 e 278 e vol. V, p. 105). Aí está nítida, não há negar, a *mens legislatoris*, “que se confunde, no caso, com a da lei (PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, op. cit., p. 32).

A jurisprudência, por sua vez, na sua função criadora e aplicadora do direito aos casos concretos debatidos nos pretórios, não se mostrou infensa à lição do sábio jurisconsulto.

Os tribunais do país, efetivamente, afora uns poucos casos isolados e destituídos de maior repercussão, negaram reiteradamente agasalho às ações especificamente populares, pois que “apenas reconheciam ao indivíduo” — é o que oportunamente relembra NELSON CARNEIRO — “a faculdade de agir na defesa do uso público, uma vez que provasse o interesse direto nessa defesa e que o ato adverso importasse em prejuízo ao seu direito (*Rev. dos Tribunais*, vol. CVI, ps. 694-696), ou seja, *ut singuli* e não *ut universi*” (op. cit., n.º 22, p. 35).

O emérito COSTA MANSO, nessa diretriz, foi um dos mais tenazes opositores do instituto, como se pode inferir desta sua afirmação causticante: “A ação popular, quando não seja inútil, será anarquizadora e injusta” (*Votos e Acordãos*, n.º 79. *Revista dos Tribunais*, vol. 106, ps. 694 e seguintes).

Nota-se, aí, a decidida filiação do grande magistrado, que dignificou o Supremo Tribunal Federal com a sua conduta exemplar e o seu vasto saber jurídico, à corrente de civilistas nacionais e estrangeiros que impugnavam, sistematicamente, a permanência ou conveniência das ações populares propriamente ditas.

É que essa pleiade de tratadistas, vale repetir, vislumbra nas ações do povo, em defesa do patrimônio público, não um instrumento de ordem e equilíbrio a funcionar em prol do aperfeiçoamento das instituições políticas e democráticas ou do regime administrativo de governo, mas, sim, uma fonte de anarquia forense, pois que eram “provocadas muitas vezes, ou quase sempre, pelo ódio partidário de potentados ignorantes”, segundo as expressões visivelmente pessimistas de FERREIRA COELHO (*Código Civil*, vol. VII, 124 e 125), lembradas por NELSON CARNEIRO (op. cit., p. 35).

São inúmeros, todavia, os expositores que exaltam e justificam a franquia democrática, elevando-a à categoria de autêntica e meritória faculdade de fiscalização cívica que o Estado de Direito e liberal pode e deve possibilitar ao cidadão, na sua

organização sócio-jurídica, para a defesa dos interesses da coletividade, a fim de que a incúria e a má-fé de administradores mal orientados não venham a causar prejuízos ao patrimônio público.

Podemos anotar, dentre outros, os seguintes autores estrangeiros, francamente partidários da poderosa prerrogativa democrática: LUIGI MATTIROLO, *Tratado di Diritto Giudiziaro Civile Italiano*, vol. 1, ns. 33 e 38; VITTORIO SCIALOJA, no prefácio ao estudo de BRUNS sobre a ação popular; RODOLFO VON IHERING, *Espírito do Direito Romano*, vol. 1, ps. 150 e seguintes, tradução de Rafael Benaion, Rio, Alba Editora; MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, 2.<sup>a</sup> ed.; MEUCCI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, p. 152; RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, 1938, vol. I, p. 622, nota 4; e LUIGI PIERRACCINI, verbete “Azione Popolari”, no *Dizionario Pratico di Diritto Privato*, de SCIALOJA, vol. 1, p. 481. A bibliografia existente sobre a matéria, principalmente a formada por escritores italianos, é abundante, como se vê no “Nuovo Digesto Italiano”, Ed. de 1937, a cargo de MARIANO D’AMELIO, com a colaboração de ANTONIO AZARA (verbetes *Azione Popolare*, II vol., p. 138).

Figuram, entre os autores nacionais adeptos do instituto, além dos já citados, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA (in “O Direito”, vol. 82, p. 18, nota 59) e LEVÍ CARNEIRO, em crônica publicada n’O JORNAL, do Rio, sobre a “Vida Jurídica”, aplaudindo a Const. de 1934 no ponto em que acolhera a ação popular.

Hoje em dia, entre nós, a ninguém será dado combater, em sã consciência, o preceito constitucional acolhedor da ação popular.

A proliferação dos abusos e desmandos fere fundo os nossos pundonores éticos e o patrimônio público, exigindo, dessarte, os mais eficazes métodos no combate a êsses males.

Assim, se já não bastasse, para justificar o instituto, em boa hora restabelecido, a necessidade de ser dada reprimenda pronta, eficaz e justa aos autores de atos que afetam a lei ou as regras de moralidade na pública administração — verdadeiros “homens de palha”, guindados, infelizmente, em alguns casos, a postos de mando e dirigência — a simples presença da ação popular, no elenco de remédios jurídicos aceitos pelo constituin-

te de 1946, seria suficiente, por si só, a demonstrar a clarividência e previsão com que agiu o legislador constitucional.

Valha-nos, ainda, para cabal demonstração do acêrto e oportunidade da norma restauradora, a invocação do preciso e preclaro conceito, formulado pelo professor SAMPAIO DORIA, quando apregôa a conveniência ou utilidade do livre exame, por intermédio de uma imprensa nobre e consciente, de todos os atos oficiais, ou para serem construtivamente criticados em nome dos superiores interesses da comunidade, ou, pelo contrário, para serem exaltados, em nome dêsses mesmos imperativos, a fim de que o povo os conheça e analise: “*A perspectiva do por a nú os abusos basta, muitas vêzes, a que não se produzam* (op. cit., p. 371, tomo segundo).



### CAPÍTULO III

#### **18 - O exemplo da Bahia quanto às ações populares.**

#### **19 - Os recursos dos cidadãos na esfera administrativa.**

18 — É digno de nota o exemplo da legislação bahiana quanto às ações populares.

Influenciada pelo direito italiano, o qual, segundo os autores, sempre propiciou, antes do advento do fascismo, aos participantes das comunidades locais, mediante autorização do respectivo Conselho, pleitearem na defesa do patrimônio público, à vista da incúria dos administradores comunais, estabeleceu, na verdade, a Lei de Organização dos Municípios da Bahia, instituída em a lei n.º 1.384, de 24 de maio de 1920: “É permitido a qualquer habitante do Município, em nome e no interesse dêste, intentar as ações judiciais competentes para reivindicar ou reaver quaisquer bens ou direitos que ao Município tenham sido usurpados ou estejam indevidamente possuídos por terceiros, contanto que tais ações sejam propostas si o Intendente recusar-se a intentá-las e nada providenciar a respeito o Conselho, depois de lhes haver sido apresentada uma exposição circunstanciada do direito que se pretende valer, a qual pode ser pelo expositor publicada pela imprensa, quando nem o Conselho nem

o intendente o tenham feito no prazo de dez dias. Parágrafo único. Quem tiver intentado a ação e obtido sentença final favorável terá direito a ser indenizado pelo cofre municipal das despesas feitas com o pleito e que não forem pagas pela parte vencida, salvo o direito regressivo do Município” (cf. art. 31, nos moldes da lei, também estadual, n.º 1.102, de 11/8/1915, art. 81).

Tal disposição legal, dentro da organização jurídica brasileira, significava, não há dúvida, um legítimo exemplo precursor quanto ao exercício, por qualquer cidadão, do pleito judicial, em defesa do patrimônio público, pois o autor exercitava uma espécie de procuratura legal, mas “em nome e no interesse do município”.

A terra bahiana foi, assim, na história evolutiva do instituto entre nós, aquela que abraçou, decididamente, e pela vez primeira, a franquia democrática, numa antevisão do pensamento do legislador constituinte de 1934, que consagrou a ação popular na categoria dos direitos e das garantias individuais.

Era, por outras palavras, a vitalidade do instituto a despontar, nos Estados, como roteiro a ser seguido pelos reorganizadores da vida jurídica e política nacional.

19 — No Estado de São Paulo, já no regime da Carta Magna de 16 de julho de 1934, existiam certos recursos de natureza administrativa e política, dirigidos por qualquer cidadão à Assembléia Legislativa, contra leis, atos e resoluções municipais, quando contrários às disposições constantes dos Supremos Estatutos federal e estadual, às leis federais, ou estaduais, ou fôssem ainda ofensivos aos direitos de outros municípios, como faz notar PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO (op. cit., ps. 23-24).

A Constituição Política do Estado do Paraná, promulgada em 16 de maio de 1935, também admitida, em boa parte, a interposição dêsses apêlos administrativos, oriundos, em última análise, do direito de petição assegurado pela Constituição Federal.

Com efeito, nos termos do art. 107 daquele nosso documento constitucional, as leis e os atos das edilidades paranaenses poderiam ser anulados pela Assembléia Legislativa, ou suspensos pelo Conselho do Estado até que aquele se pronunciasse, nas seguintes hipóteses: 1) — quando contrários à Constituição e às leis da União e do Estado; 2) — quando ofendessem os direi-

tos de outros municípios; 3) — quando manifestamente gravosos em matéria tributária, precedendo, porém, representação de 30 contribuintes, pelo menos.

Ditos recursos seriam, quando muito, segundo ainda nos assinala PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, “ações populares de cunho administrativo”, inconfundíveis, porém, com as verdadeiras ações judiciais, exercitadas pelos munícipes-contribuintes em defesa dos interesses da comunidade (op. cit., p. 24).

Essas manifestações de receptividade à participação do cidadão no resguardo do patrimônio da coletividade, tôda vez que os agentes da pública administração falhassem no cumprimento de seus deveres específicos, ecoaram em algumas legislações estaduais como estímulo ao ingente trabalho de aperfeiçoamento das leis, dos atos e das resoluções do nosso imenso e variado direito edilício, de profunda significação para o peculiar interesse das comunidades do interior do Brasil.

A Constituição de 16 de julho de 1934, com aceitar a ação do povo como instituto eficaz na defesa da coisa pública, verdadeiro fulcro popular decantado como a “*essência da democracia*” pelo deputado MARQUES DOS REIS, relator do capítulo “Dos direitos e garantias individuais” (cf. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, 6, abril, 1934, ps. 2.205 e segs), veio coroar de bom êxito, aparente e fugaz, é certo, os esforços daqueles que exaltavam as excelências do instituto moralizante e moralizador, autêntica “*pelêja individual pelo interesse coletivo*”, na expressão de ODILON BRAGA, referida por NELSON CARNEIRO ao fustigar os regimes ditatoriais, surgidos aqui e noutras pátrias, e incompatíveis com a franquia democrática (op. cit., p. 9).



## CAPÍTULO IV

### 20 - A Carta Constitucional de 1934 e a ação popular.

20 — O princípio restritivo, adotado pelo Código Civil (art. 76 e seu parágrafo único), estava fadado a receber profunda nota modificadora, no tocante à defesa do patrimônio pú-

blico por via de ação intentada por qualquer cidadão, sem que isto importasse, todavia, na supressão daquele preceito com referência aos litígios sôbre relações jurídicas puramente privadas.

A Constituição Federal de 16 de julho de 1934, não escondendo, de resto, como o reconhece o professor ALIOMAR BALLEIRO, a influência que os seus elaboradores receberam das idéias kelsenianas (op. cit., p. 131) no organizar jurídica e politicamente a nação brasileira recém-vinda de um movimento revolucionário de sentido nitidamente renovador e social democrático, outorgou, efetivamente, a qualquer cidadão o direito de "*pleitear, como parte legítima, a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios*", segundo a letra do n.º 38 do seu art. 113.

O preceito, como se sabe, decorreu de sugestão apresentada pela bancada paulista, encontrando, desde logo, a mais ampla e entusiástica aceitação por parte do deputado MARQUES DOS REIS, representante do Estado da Bahia.

Não vingou, porém, a idéia no seio da Comissão Constitucional, encarregada de formular o projeto destinado à apreciação posterior pelo plenário, a despeito das brilhantes e vigorosas demarches encetadas por seus prosélitos.

Vale a pena ser relembrada, nesta oportunidade, a candente justificação feita pelo deputado MARQUES DOS REIS no recinto do Palácio Tiradentes, pugnando pela adoção do instituto: "Se, efetivamente, estamos aqui organizando um regime democrático; se não somos daqueles que acreditam que êsse regime já faliu, e o inscrevemos no preâmbulo da Constituição, não é possível, de modo algum, deixar de dar ingresso a essa possibilidade, a essa franquia, por meio da qual todo cidadão brasileiro será parte legítima para promover a declaração de nulidade ou anulação de um ato lesivo ao patrimônio público" (D.A.N. Constituinte, citado, ps. 2.205 e segs.).

Não caíra em terra sáfara a palavra do ilustre parlamentar: admitida fôra a ação do povo, nos casos especificados!

Estava, assim, alçado à categoria de preceito fundamental o poderoso instituto defensivo do patrimônio público.

CLOVIS BEVILAQUA recebeu, porém, o preceito com as naturais reservas de quem nunca lhe batera palmas.

Efetivamente, o grande jurisconsulto brasileiro, guardando, aliás, inteira e nobre fidelidade às próprias convicções, an-

teriormente sustentadas por ocasião dos debates sobre o Projeto do Código Civil na Câmara dos Deputados, não deixou de expor, publicamente, os seus receios quanto à adoção da franquia, em conferência realizada em 1935, na cidade de Fortaleza, e subordinada ao título “A Constituição e o Código Civil”.

Vem a pêlo conhecer os conceitos então emitidos pelo sábio jurista: “A teoria e a classificação dos bens foram, ao de leve, atingidas pela Constituição, que melhor se apreciará ao tratarmos do direito das coisas.

“No livro referente aos fatos jurídicos, surgem as ações populares, que não tiveram entrada na codificação civil, após detido exame da sua desnecessidade.

“Qualquer cidadão, determina o art. 113, n.º 38 da Constituição, será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.

“Sem negar o caráter democrático dessa ressurreição, receio que nos venham daí inconvenientes, que a boa organização do Ministério Público evita.

“Para funções dessa classe, a sociedade possui órgãos adequados, que melhor as desempenham do que qualquer do povo” (*Revista dos Tribunais*, vol. 97, ps. 31 e segs.).

Não ficou isolado o insigne jurista. De sua vez, o celebrado EDUARDO ESPÍNOLA, em verdade, acompanhou-o no desaprêço dos civilistas à ação popular, dizendo: “No direito civil moderno perdeu toda a importância a distinção entre ações privadas e ações populares, porquanto já não se reconhecem as ações populares” (*Direito Civil Brasileiro*, vol. I, p. 667).

Também não faltaram os prognósticos pessimistas. OSCAR DA CUNHA chegou, mesmo, a afirmar que a norma incrustada no n.º 38 do art. 113 da Constituição de 16 de julho de 1934 poderia muito bem figurar entre os dispositivos legais natimortos (*Boletim do Instituto dos Advogados Brasileiros*, vol. XIV, p. 223).

A jurisprudência, por seu lado, falhando, na época, à sua missão criadora e vivificadora do direito, não tratou de sanar a falta de regulamentação do preceito constitucional e quase que sistematicamente reagiu à aplicabilidade do instituto aos casos concretos debatidos nos tribunais, como atestam alguns pronunciamentos existentes nos repertórios forenses.

Quando muito, concediam os arestos, como já foi dito, que

o cidadão pleiteasse em torno da coisa pública, desde que o mau uso desta lhe afetasse diretamente o próprio interesse.



## CAPÍTULO V

### **21 - Tentativas de regulamentação. 22 - O fenômeno político de 1937. 23 - O conseqüente desuso da ação popular.**

21 — Apesar de elevado à categoria de norma constitucional, o preceito do n.º 38 do art. 113 do Magno Estatuto de 1934 não foi, todavia, desde logo aplicado pelos nossos juizes.

Entendia-se, é verdade, — e a concepção àquele tempo assumia, ao que parece, tonalidade de interpretação mais ou menos aquietada entre os doutrinadores e constitucionalistas, — que a preceituação dependia, para o seu uso, da correspondente complementação pela lei ordinária.

Urgia, portanto, regulamentar a regra genérica inscrita pelo constituinte nacional.

Não faltaram, nesse sentido, os cuidados legislativos de juristas de prol.

Coube ao deputado paulista TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS, em sessão da Câmara realizada em 14 de maio de 1936, apresentar a proposição, que tomou o n.º 2 e se destinava a regulamentar o processo das ações populares instituídas pela Carta de 1934.

Esse projeto foi publicado, na íntegra, no *Diário do Poder Legislativo*, de 15 de maio daquele ano, seguindo-se-lhe a emenda substitutiva oferecida pelo deputado FERREIRA DE SOUZA, a qual trouxe a data de 17 de abril de 1937 e veio a lume na página congressual de 20 de abril do mesmo ano.

A tentativa de regulamentação estava, porém, fadada ao insucesso.

A Comissão de Constituição e Justiça estranhavelmente não emitiu qualquer parecer sobre o plano legal.

Isso não obstante, foi o projeto submetido à primeira discussão, no plenário da Câmara dos Deputados, em sessão de 19 de abril de 1937 (cf. *Diário do Poder Legislativo*, de 20 de abril de 1937, p. 493).



O plenário, atestam os anais, recebeu friamente o esboço legislativo, muito embora se tratasse de matéria que o *constituente havia disposto sob tão altos propósitos*. NELSON CARNEIRO nos afiança, com efeito, que, “na ausência de uma palavra de crítica ou de aplauso, a proposição no mesmo dia retornou ao órgão técnico, acompanhada de uma única emenda, substitutiva, assinada por FERREIRA DE SOUZA e JOSÉ AUGUSTO”, à qual já fizemos referência (op. cit., p. 8).

O prelúdio do golpe de 10 de novembro de 1937 já fazia ouvir, não muito ao longe, os seus marciais acordes para mudança de compasso político...

O Poder Legislativo, preocupado tão só com as questões políticas, destacando-se, dentre elas, as suscitadas pelo decreto legislativo n.º 6, de 18 de dezembro de 1935 (a comoção intestina grave poderia ser equiparada, por ato do Presidente da República, ao *estado de guerra*, com suspensão das garantias constitucionais que o respectivo decreto governamental não ressalvasse expressamente), tomou-se de inércia diante do projeto. Pois, infelizmente, naquela época conturbada da vida nacional, como no-lo diz NELSON CARNEIRO, “vagares não tinha o Congresso para tratar de direitos e garantias constitucionais, de há muito suspensos pelo famoso “estado de guerra”, instrumento de antecipação do famigerado “estado novo” (op. cit., p. 8).

Deve-se, contudo, a FERREIRA DE SOUZA, nessa ocasião, oportuna dissertação, proferida no Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, em data de 13 de maio de 1937, a qual versou sobre todos os aspectos contidos no projeto destinado à regulamentação da ação popular de natureza civil inserida no Supremo Estatuto de 1934 (*Boletim do Instituto*, vol. XIV, p. 59).

Apesar dos pesares, a palavra do jurista e parlamentar teve certa ressonância e o problema, concernente à necessidade ou conveniência de se cuidar de imprimir rumos seguros à ação popular no direito pátrio, consoante a norma constitucional em aberto, foi mais uma vez objeto de eruditas ponderações e sugestões do processualista LUIZ MACHADO GUIMARÃES, despertando a sua palestra, efetivada naquele mesmo Sodalício, vivo interesse entre advogados e juizes na Capital da República. (bol. cit., ps. 227 a 236).

Formou-se, daí, uma Comissão Especial, no Instituto da

Ordem dos Advogados Brasileiros, reunida no Rio de Janeiro e composta de seu proponente SADY CARDOSO DE GUSMÃO, de FERREIRA DE SOUZA (como parlamentar) e LUIZ MACHADO GUIMARÃES para estudar o relevante tema e oferecer subsídios a serem enviados ao Congresso Nacional sôbre a regulamentação do preceito constitucional (*Boletim do Instituto*, XIV, ps. 228 e segs.).

22 — Clima político não havia, entretanto, para o bom êxito da tarefa, a que se propuzera o órgão representativo da nobre classe dos advogados.

É que o regime político-jurídico instituído pela Carta de 1934 fôra, logo após, completamente subvertido ou aniquilado pelo advento do chamado “Estado Novo”, através do golpe de 10 de novembro de 1937.

Estatuto de características autoritárias, em que era elevado ao máximo o poder pessoal do presidente da República como Chefe do Governo Nacional, verificou-se, desde logo, a sua inconciliabilidade com as legítimas franquias democráticas.

O documento de 1937, na verdade, não aceitou, nem de leve, o instituto da ação popular. O art. 83 da Carta política de 10 de novembro e o seu estilo autocrático de governo, incompatíveis, ambos, com as liberais outorgas à cidadania, aboliram, com efeito, a ação popular, quer explícita, quer implicitamente.

O próprio plebiscito, acenado, pelo texto daquele diploma (art. 187), para uma tentativa de legitimação, nas águas do batismo popular, do fruto do ditatorialismo em marcha, jamais teve realização, jorrando sempre as leis de simples atos ou decretos baixados pelo presidente da República, que encarnava, a um só tempo, os poderes Executivo e Legislativo, em todo o território nacional.

O próprio Poder Judiciário, tendo assustadoramente à vista o famoso art. 177 (restabelecido, “por tempo indeterminado”, pela lei constitucional n.º 2, de 16/5/1938), que possibilitava ao presidente aposentar quaisquer funcionários “a bem do regime” e “a juízo exclusivo do Governo”, não escapou ilêso ao novo sistema autoritário implantado no país sob o beneplácito das classes armadas, ficando dolorosamente célebre, na crônica forense brasileira, como peça teratológica de triste memória, a cassação de sentença proferida pelo Supremo Tribu-

nal Federal — órgão cúpula do Poder Judiciante brasileiro — por simples decreto assinado pelo presidente da República!

É natural que os governos dêsse estilo político autoritário, tão à moda, naqueles tempos, não só entre nós como em certas paragens itálicas e teutônicas, não poderiam, jamais, admitir o controle do povo, em regime de poder arejado e democrático, sobre seus atos e decisões.

Os parlamentos e os partidos políticos foram, de sua vez, ostensivamente fechados, em todo o território nacional.

A imprensa, por seu lado, afora honrosas exceções, seguia uma linha de encomendas oficiais, segundo as conveniências do regime e debaixo de rígida disciplina norteadas ou pela “jurisprudência” da Hora do Brasil ou pelos comunicados do D. I. P..

A autocracia — antítese da democracia e frontal oposição ao governo da lei e da separação dos poderes do Estado — estancou, naquela época, tôdas as tentativas para o revigoramento da ação popular, que esta só pode medrar nos governos liberais e amigos da participação ativa da cidadania na fiscalização dos negócios públicos.

Derriscada a norma constitucional, à vista da Carta Política de 1937, tornaram-se infrutíferas, ou, mesmo, sem objeto, naquela oportunidade, as iniciativas antes encetadas pelo Congresso Nacional e pelos advogados para a regulamentação do preceito do art. 113, n.º 38, da Const. de 1934.

E foi assim que o instituto, nascido sob tão bons augúrios, caiu quase que no completo olvido, a despeito das vozes entusiásticas que se fizeram ouvir, certa feita, no sentido de sua adoção no corpo do diploma legal destinado a reger o processo civil em todo o país.

O Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, em São Paulo, chegou a aprovar, na verdade, uma proposição, da lavra de PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, pleiteando a manutenção da grande conquista democrática da Carta de 1934, apêlo que se perdeu, isolado e sem ambiente de normalidade política para a sua receptividade, nas gavetas dos homens governantes daquela época (op. cit., p. 69).

O Código de Processo Civil, com efeito, não amparou nem manteve o instituto, abroquelando-se, rigidamente, na concepção privatística do art. 76 do Código Civil, afora uma única exceção e válida só em relação aos particulares: a referente à hipótese prevista pelo seu art. 670, na qual se concedeu qualida-

de processual a qualquer do povo para pleitear em juízo, por ação direta, a dissolução de sociedade civil com personalidade jurídica que promovesse atividade ilícita ou imoral, a exemplo do que já estabelecia a lei n.º 173, de 10 de setembro de 1893.

23 — De todo o exposto resulta uma verdade indiscutível: a ação popular, destinada, precìpuamente, à fiscalização dos governantes pelos governados, verdadeira prestação de contas por aqueles que recebem delegações da soberania nacional, não encontra ambiente propício nos regimes políticos absolutistas ou autocráticos; o seu clima ideal é a atmosfera democrática, livre de peias ditatoriais ou de *fuhres* criados pela ambição desmedida do poder.

O exemplo local, que a Carta de 1937 ensejou na vida política do país, não difere, aliás, em tonalidades de desvios dos verdadeiros padrões políticos, dos que foram, a propósito, dados a conhecer ao mundo na Alemanha nazista e na Itália fascista. “Na Alemanha pré-nazista”, segundo nos relata SEABRA FAGUNDES, apoiado em FLEINER (*Instituciones de Derecho Administrativo*, 1933, ps. 215-216), “admitia-se a *Actio Popularis* contra a supressão ou desvio dos caminhos públicos (Prússia) e para a defesa ampla de interesses legítimos” (*Revista de Dir. Administrativo*, vol. cit., p. 8).

Operou-se, como consequência inexorável do padrão político então predominante, o completo desuso da franquia democrática.



## CAPÍTULO VI

**24 - A Constituinte de 1946 e os debates para o restabelecimento da ação popular. 25 - O preceito permissivo e a palavra dos constitucionalistas. 26 - Profunda controvérsia interpretativa.**

24 — O restabelecimento do instituto começou a operar-se com a convocação da Assembléia Nacional Constituinte, no ano de 1945, uma vez recolocado o país no rumo de suas tradições republicano-jurídicas.

Foram movimentados e assaz interessantes os debates havidos no magno plenário, em que se fazia ouvir, novamente, a voz dos representantes da Nação, escolhidos para a recomposição dos poderes do Estado Brasileiro.

JOSÉ DUARTE nos dá uma notícia do desenvolvimento dos trabalhos legislativos em torno do inciso 42 do projeto.

Tomaram parte ativa na discussão os constituintes MÁRIO MASAGÃO, IVO DE AQUINO e FERREIRA DE SOUZA, guardando êste uma linha de coerência admirável com a sua opinião anteriormente manifestada na Câmara dos Deputados, quando da apresentação, em 1937, nos prodomos do “Estado Novo”, de emenda substitutiva ao projeto TEOTÔNIO MONTEIRO DE BARROS, para complementação do preceito da Constituição de 16 de julho de 1934.

Vejamos o desenrolar do debate então travado no seio da Grande Comissão.

“O inciso 42 — Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou de anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios — recebe uma emenda mandando acrescentar: — “ou das entidades autárquicas”.

“Afigura-se inócua a emenda, observa MÁRIO MASAGÃO, porque lesar o patrimônio de uma entidade autárquica é, do mesmo passo, lesar o patrimônio da pessoa jurídica de direito público à qual ela pertence. Tôda entidade autárquica é subordinada a uma das três pessoas referidas no inciso.

“FERREIRA DE SOUZA discorda porquê a expressão “patrimônio”, na pura técnica jurídica, corresponde muito à expressão “pessoa”. Patrimônio é um conjunto de bens e valores econômicos, capazes de apropriação por determinada pessoa. Ora, as entidades autárquicas não são consideradas pessoas, embora tenham a sua personalidade decorrente da entidade pública que as cria e mantém. Êles têm personalidade à parte: representam judiciariamente; têm patrimônio próprio. Vale dizer que os atos praticados contra êsse patrimônio o são, diretamente, contra as entidades autárquicas, mas, indiretamente, contra a entidade pública que as mantém. Cita a divergência da jurisprudência quanto à competência de juízo para as ações das entidades autárquicas, isto é, se a destas ou da entidade pública criadora e mantenedora.

“Em face dessas ponderações MARIO MASAGÃO acha que não há inconveniente na emenda.

“IVO DE AQUINO propõe suprimir o texto, que reproduz a Constituição de 34. Instituiu-se, aí, a chamada ação popular — que já existia em nosso direito — ação essa que, depois, foi abolida no correr da evolução do nosso processo civil. Não há vantagem na instituição de ação popular.

“Volve a falar FERREIRA DE SOUZA sôbre a proposta de IVO DE AQUINO e conclui que o dispositivo em aprêço é de fundo essencialmente democrático, grandemente moralizador de uma justiça perfeita, e a Comissão não poderá deixar de consagrá-lo.

“A emenda supressiva foi rejeitada e em seguida aprovados o inciso e a emenda de FERREIRA DE SOUZA” (*A Constituição Brasileira de 1946* — “Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte”, 3.<sup>o</sup> vol., ps. 62-63).

Dêsse debate, que, por assim dizer, significou o entendimento vitorioso que logo depois foi ratificado definitivamente pela aprovação do plenário, acrescentado, tão sômente, o alargamento preceitual para abarcar também as sociedades de economia mista, resultou, afinal, o cânone incrito no inciso 38 do art. 141 da atual Constituição Federal, restabelecendo a *actio popularis* de natureza civil como direito público subjetivo de marca nitidamente política dentre as várias garantias jurídicas especificadas em favor dos cidadãos brasileiros.

A batalha parlamentar pela ressurreição do instituto, a despeito da impugnação de uns poucos, vencidos, todavia, pela tenacidade e vigor de muitos, que se sobressairam, sincera e democraticamente, na defesa da boa causa, estava finalmente encerrada no amplo e agitado estuário das paixões e tendências conflitantes da Assembléia Constituinte que reconstitucionalizára, novamente, o país, pela proscrição do sistema discricionário vigente até 1945.

O regresso à fórmula larga e genérica de 1934, com os adendos já delineados, iria movimentar a nossa opinião jurídica em tórno de palpitantes temas que a complementação do preceito em verdade suscita.

25 - Os comentadores, nas suas obras de exegese sistemática das novas regras de superlegalidade constitucional, passa-

ram a apreciar, em largos traços, o conteúdo essencial do princípio regente da ação popular na Lei-mater.

Coerente com suas opiniões antes emitidas e contrárias à ação do povo, opiniões essas concordantes, segundo referimos, com as de CLOVIS BEVILAQUA, EDUARDO ESPÍNOLA apareceu na tela dos analistas do Supremo Estatuto de 1946 mediante discreta referência à franquia democrática, restabelecida em nosso direito público. Disse êsse jurista, tão somente, que a Constituição, com instituir o preceito do § 38 do art. 141, admitira a ação popular para os casos nele previstos (*A Constituição de 18 de setembro de 1946*, vol. 2, 31, p. 573).

PONTES DE MIRANDA já foi mais exuberante e esclarecedor. O eminente jurisconsulto salientou, de sua vez, que “a legislação ordinária, desde o Império, fêz do *habeas-corpus* ação popular. Agora o § 38 dá-nos caso típico. As leis podem criar outras, inclusive para guarda e execução da Constituição. Da criação de algumas depende mesmo o bom êxito de muitos artigos da Constituição de 1946, assaz programática, porém sem suficiente rol de direitos públicos subjetivos. — A ação é constitutiva negativa, razão por que seria melhor dizer-se “*a anulação ou a decretação da nulidade*” em vez de se falar de “declaração” de nulidade, expressão viciosa” (*Comentários à Constituição de 1946*, vol. III, p. 381).

Para TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, todavia, “a fórmula *anulação ou declaração de nulidade* é redundante, porque o objetivo é a ineficácia do ato lesivo” (*A Constituição Federal Comentada*, vol. III, p. 264), dando assim a entender, ao contrário do que se depreende da lição de PONTES DE MIRANDA, que a *ratio essendi* da ação popular instituída no preceito constitucional é a *lesão*, que pode ser decretada pelo Judiciário ainda que o ato administrativo se mostre formalmente válido sob o prisma do cumprimento das exigências legais ou regulamentares.

O nosso FRANCISCO RAITANI observa, muito a propósito, que, “para o primeiro constitucionalista (PONTES), o Poder Judiciário examina, preliminarmente, o ato impugnado sob o prisma da constitucionalidade ou ilegalidade para, depois, averiguar a ocorrência da *lesão*. Se o ato é válido, conforme a Constituição e a Lei, o juiz não considerará a questão da *lesão*. Para o segundo (TEMÍSTOCLES), porém, o ato é nulo, porque lesivo” (op. cit., p. 17).

O emérito PEDRO CALMON diz, sucintamente, que "... No § 38 se manifesta o pensamento democrático de acautelar o interesse das pessoas de direito público interno mediante a livre iniciativa do processo — judiciário ou administrativo — para os atos lesivos de sua economia" (*Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, 2ª ed., cf. nota n.º 44, p. 287, *in fine*).

26 — Filiamo-nos, despretenciosa e sinceramente, à corrente seguida por TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI e SEABRA FAGUNDES e sufragada pelo Tribunal do Paraná e, de certo modo, também acompanhada por PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, que, embora discordante da opinião que vê na lesividade o requisito suficiente ou substancial para a decretação de uma ação popular, não deixa, todavia, de "reconhecer que casos haverá em que a simples lesividade pareça dever justificar o exercício da ação popular, e possa mesmo, *de jure constituendo*, ser chamada a legitimá-lo. Casos haverá, com efeito, de tão cuidadoso esmêro na prática de ato lesivo, que vício algum se lhe possa apontar, quer de forma, quer de fundo, que venha a crescer ao da lesividade, de sorte a ensejar a propositura da ação popular constitucional" (*Rev. Forense*, cit., p. 25).

A lesão, verificada no ato administrativo, será suficiente para a decretação da procedência da ação constitucional, independentemente da perquirição dos aspectos de nulidade ou anulabilidade?

Poderá o juiz, num determinado caso concreto, por outras palavras, e tendo em vista ato administrativo aparentemente correto sob o prisma de sua legalidade ou legitimidade, exercer o contrôlo excepcional, porque veio a encontrar, no fundo do ato, a pecha de manifesta nocividade ao patrimônio público?

As indagações cogitam do deslinde de verdadeiro "nó górdio" em matéria sumamente importante e delicada e que vem zurzida pela mais séria controvérsia.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, confirmando opulenta decisão proferida pelo juiz professor FREDERICO MARQUES, já o decidiu, por exemplo, em 16 de junho de 1949, que "não basta, para o exercício da ação popular, que o ato seja lesivo ao patrimônio do Estado; é necessário também que seja nulo ou anulável". O acórdão foi relatado pelo desembargador MEIRE-



LES DOS SANTOS, nos autos do agravo sob n.º 43.465 (*Revista dos Tribunais*, vol. 181, p. 826).

No mesmo sentido existe aresto prolatado pelo Tribunal de Justiça de Alagoas, que assentou no seu decisório, tomado por maioria de votos, que “a Constituição no art. 141, § 38, permite a qualquer cidadão pleitear a anulação ou a declaração de nulidade do ato lesivo ao patrimônio da União, do Estado ou do Município. Mas, para que esta ação seja procedente, é preciso que se trate de um ato contrário à lei ou à Constituição e que dê lugar a lesão ao patrimônio de qualquer daquelas pessoas jurídicas de direito público” (*Revista Forense*, vol. 144, 1952, p. 390).

O Tribunal Paulista reiterou o seu entendimento, ao julgar outro caso concreto, mediante o acórdão proferido por sua 2.ª Câmara Civil, relator o desembargador J. M. GONZAGA, em 7 de novembro de 1950 (*Revista Forense*, vol. 141, 1952, p. 281).

Em a aludida sentença, confirmada pelo acatado Tribunal Paulista, o professor JOSÉ FREDERICO MARQUES lançou argumentos ponderosos: “A apreciação do ato sob o aspecto da legalidade, anterior ao controle sobre sua repercussão no patrimônio público, é a única consentânea com o instituto da ação popular. A alusão a ato lesivo é apenas para dar a qualquer do povo o direito de propor a revogação do ato nulo ou anulável, e nunca a causa da nulidade ou da anulabilidade. Nem se compreenderia que justamente na ação popular, onde não se indaga do interesse individual do autor, coubesse ao juiz entrar no mérito do ato. Conforme notou BONAUDI, “em contrário ao que se verifica para o recurso de legitimidade, o interesse no recurso de mérito é estritamente individual” (EMÍLIO BONAUDI, “La Tutela degli Interessi Collettivi”, 1911, p. 36). Do contrário, como notou RENARD, não se evitariam “des procès purement vexatoires” (“Notions Très Sommaires de Droit Public Français”, p. 78).

“Daí ter o legislador constitucional o cuidado de distinguir o ato nulo do ato anulável, como condição, um ou outro, da apreciação sobre o caráter lesivo que inquiere esse ato.

“Se da lesão apenas decorresse a invalidade do ato, como graduá-la para dizer qual a lesão que dá origem à nulidade, e qual a que dá causa à simples anulabilidade?” (*Rev. dos Tribunais*, vol. 181, ps. 842-843).

E, de sua vez, indaga PAULO BARBOSA DE CAMPOS

FILHO, em refôrço àquela vigorosa fundamentação: “Como determinar-se onde é que o ato, muitas vêzes naturalmente lesivo, começa a sê-lo de maneira irregular, de sorte a que se possa reputá-lo vicioso, sujeitando-o a aniquilamento?” (*Revista Forense*, vol. 157, p. 24).

O Tribunal de Justiça do Paraná, por seu lado, já é mais liberal no apreciar a interessante tese de direito público. Delibrou, contrariamente à orientação assentada nos pretórios do vizinho Estado, no sentido de que a lesão significa a *ratio essendi* do instituto da ação popular, podendo constituir, por si só, a causa da nulidade, ou motivo para anulação do ato administrativo, irrelevante, conseqüentemente, o prisma de sua ilegalidade.

Em acórdão datado de 6 de dezembro de 1949, relatado pelo eminente desembargador ISAIAS BEVILAQUA, cujo voto foi sufragado por todos os membros da turma judicante, decidiu, com efeito, a 1.<sup>a</sup> Câmara Cível do nosso mais alto Colégio Judiciário: “Como disse TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, ao comentar o § 38 do art. 141 da Constituição, “A fórmula *anulação ou declaração de nulidade* é redundante, porque o objetivo é a ineficácia do ato lesivo” (vol. III, p. 266). Assim, o que cumpria verificar, diante do espírito do texto constitucional, era se a alienação dos bens a que se referia a concorrência pública, de que tratam os autos, lesava, ou não, o patrimônio do município de Guarapuava, *pouco importando que a concorrência se tenha processado regular ou irregularmente e se os bens, sobre que versava, eram ou não inalienáveis*. A indagação a fazer é se da concorrência e atos subseqüentes resultava ou podia resultar prejuízo ao patrimônio municipal” (*Paraná Judiciário*, vol. 51, março de 1950, p. 320).

O mencionado caso, subindo em grau de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, não despertou, sobre a particularidade importante nele focalizada e, a nosso ver, decidida com prudência e acerto na instância *a quo*, qualquer reparo por parte do Pretório Excelso, reunido em sua 2.<sup>a</sup> Turma.

É que, infelizmente, do apêlo extremo não tomou conhecimento o Colégio Judiciário, limitando-se a equipe julgadora a proclamar a não infringência, pelo aresto recorrido, dos preceitos legais invocados na interposição do recurso.

O Supremo Tribunal Federal assentou, porém, na espécie, que “a ação popular tinha caráter simplesmente declaratório; o

relator, Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, salientou, em verdade, que a decisão recorrida não ofendera a disposição do § 38 do art. 141 da C. F., "*considerando meramente declaratória, e não de condenação, a ação dada quivis ex populo*" (*Revista Forense*, vol. 156, p. 160).

O autor também pleiteara nesse caso — é conveniente esclarecer — a condenação dos réus ao pagamento de perdas e danos, a par da nulificação do ato administrativo que versava sobre venda de pinheiros pertencentes ao patrimônio municipal.

IVAIR NOGUEIRA ITAGIBA não discrepa da orientação mais adequada à índole democrática do instituto e entende que "a ação é uma faculdade conferida a todo cidadão brasileiro, no gozo de seus direitos políticos. Funda-se na circunstância de que, sob o regime democrático, derivando todos os poderes do povo, sob a sua vigilância devem estar o patrimônio da União, do Estado-membro, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista. *A toda lesão deste patrimônio deverá corresponder o dever do cidadão defendê-lo*" (*O Pensamento Político Universal e a Constituição Brasileira*, p. 661).

De nossa parte, já tivemos a oportunidade de bordar alguns conceitos em torno de caso concreto sujeito ao nosso exame perante o Tribunal de Justiça do Estado.

Assinalámos, então, — sem o brilho, é certo, dos doutos que esmiuçaram o assunto — que nos exatos termos do art. 141, § 38, da Constituição Federal vigente — preceito êsse de exceção, como referem os tratadistas — a condição *sine qua*, para a declaração de nulidade ou anulação de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista, é a comprovação da existência, no ato da autoridade, de *prejuízo ao patrimônio público*.

"A finalidade do preceito é específica: o cidadão é parte legítima para o fim exclusivo de pleitear a anulação ou declaração de nulidade de *atos lesivos ao patrimônio do Estado*.

"Quer dizer: não havendo ou não se demonstrando a existência de uma lesão do patrimônio da comunidade, não há margem para a decretação da procedência da *actio popularis*, pela ausência do seu fim específico.

"Ora, é a própria sentença apelada — e neste passo a sua afirmativa se tornou irrevogável para o autor, que com ela se

conformou *in totum* — é a própria sentença que afirma, alto e bom som, que o A. nada demonstrou de modo a evidenciar a lesão.

“Clara e incisiva a respeitável decisão, que concluiu textualmente:

“A prova colhida mostra, ao revés, *que os pagamentos feitos em terras devolutas ao referido contratante foram estipulados depois do implemento de suas obrigações contratuais*, obrigações que, cumpridas no todo ou em parte, diziam respeito não só à construção das estradas mencionadas na inicial, mas ainda à realização de obras de interesse público, empreendidas pelo Eng. F. G. B., *técnico de alta capacidade e homem público de integridade notória*” (os grifos são nossos).

“Logo a seguir, a sentença apelada passa a examinar as alegações do recorrido, de referência ao preço e extensão da área cedida, para assim concluir: “*tudo isso não demonstrou o Autor na instrução, de modo a evidenciar lesão ao patrimônio público estadual*. Há apenas ilação de que o preço atribuído ao hectare de terras, para o efeito de pagamento, teria sido ínfimo, mas nenhuma prova comparativa se ofereceu pela qual se pudesse aferir da justeza do mencionado preço.”

“Foi assim repelida, de modo frontal, a *conditio sine qua* para o exercício da ação popular. Esta, em consequência, deveria ter sido julgada improcedente.

“E julgada improcedente na forma da própria jurisprudência dêsse Egrégio Tribunal, que já o decidiu, num brilhante acórdão da lavra do eminente Des. ISAIAS BEVILAQUA, coincidentemente o relator sorteado para o exame do feito...” (parecer n.º 232, de 20 /3/952, na apel. cível n.º 5.472, de Curitiba; — *Revista Jurídica*, do Est. do Rio Grande do Sul, ano 3, n.º 18, novembro-dezembro de 1955, p. 66).

Verifica-se, assim, que a tese sustentada com brilhantismo e vigor no seio da valorosa e nobre magistratura paulistana, e precedida de notáveis pareceres de mestres como ANTÃO DE MORAES e VICENTE RÃO, parece não se comportar dentro dos amplos e não limitativos pressupostos do inciso 38 do art. 141 da Carta Magna. Ela é, em última análise, restritiva do verdadeiro e inovador espírito do preceito contitucional, que repousa fundamentalmente na lesividade, em sentido amplificado.

Resta, porém, que o Parlamento Nacional, pela voz dos seus

juristas e estudiosos dos assuntos do direito público, dê à matéria, de tanta delicadeza e sensibilidade, a arrumação equilibradora e definitiva pela lei ordinária ora em exame, cujos termos, todavia, não poderão restringir, a nosso ver, como é correntio em matéria de direito constitucional, a regra maior inscrita na *Super-lei* que rege os destinos políticos e jurídicos da Nação brasileira. E essa regra possibilita ao juiz a competência excepcional de, com ou sem ilegalidade, apreciar jurisdicionalmente, para o respectivo contrôle, o ato administrativo no seu próprio *merecimento*, a fim de verificar se existe, ou não, a *lesividade* ao patrimônio público.

Não ficam, assim, imunes ao contrôle judicial as facetas de conveniência ou moralidade do ato administrativo, sem que isto importe em violação da regra de separação dos poderes do Estado e sem que o exame judicial signifique a existência, na estrutura do Estado, de um *super-administrador*, como pareceu ao eminente jurista desembargador ANTÃO DE MORAES (*Revista de Direito Administrativo*, vol. 16, ps. 319-320).

É que, quando o juiz lança mão dessa poderosa regra, o faz em nome do poder soberano que organizou e racionalizou os poderes do Estado, o poder constituinte que assim determinou no Pacto Fundamental da Nação.

Outra coisa não faz, dessarte, o Judiciário senão cumprir a vontade superior do repositório de regras e de competências estatuidas na Constituição. E “a lei constitucional” — o conceito é de TEIXEIRA DE FREITAS, segundo citação feita pelo egrégio BARBALHO — “é a primeira lei, de onde tôdas as outras devem dimanar” (*Constituição Federal Brasileira*, comentários, apresentação do título).

Razão jurídica, portanto, não assiste, data venia, à afirmativa do ilustre desembargador ANTÃO DE MORAES, quando, apoiado, aliás, em ensinamentos já superados, no tempo e no espaço, ministrados, entre nós, por SEABRA FAGUNDES, *antes* do regime jurídico instituído pela Carta de 1946 (veja-se, a propósito, o novo entendimento dêsse acatado jurista, publicado na *Revista de Direito Administrativo*, vol. VI, ps. 18-19), preconiza o limite do contrôle jurisdicional, na *actio popularis*, à indagação, pura e simples, da questão da legitimidade do ato da autoridade.

O vero ensinamento de SEABRA FAGUNDES, na atualidade, a despeito dos conceitos de RANELETI, também invoca-

dos pelo eminente jurista da paucicéa, conceitos que devem ser apreciados à vista das peculiaridades do regime político vigente na Itália ao tempo do seu surgimento, merece ser conhecido na sua íntegra, porque realmente oportuno e esclarecedor. Assim falou o jurisconsulto e ex-Ministro da Justiça do Brasil: “A ação popular, tal como a delineia a Constituição, impõe a interferência do judiciário em setor relevante, até aqui quase ou totalmente subtraído ao seu contrôle: o da moralidade do ato administrativo. Com efeito. Indagando se o ato é lesivo ou não ao patrimônio de uma das pessoas que nele participam (pessoa de direito público ou sociedade de economia mista), *o juiz terá de ater-se a um critério moral (examinando as vantagens ou desvantagens do ato decorrentes, a honestidade da operação, etc.), que de legalidade (conformação às prescrições legais sobre competência, formação e conteúdo dos atos contratuais, etc.)*. É auspiciosa essa possibilidade que se abre ao contrôle jurisdicional da boa gestão do patrimônio público. E só por existir já se pode esperar maior cuidado no dispor e fazer aplicação dos dinheiros do povo. Certo, também, é possível, nalguns casos, apreciar a lesividade do ato ao patrimônio da pessoa pública ou sociedade mista, sob os aspectos legais, como se um imóvel é adquirido por uma delas sem a prévia concorrência para isso prevista. Todavia, essa modalidade não será a mais freqüente. Mesmo porque o ataque dos atos administrativos ou dos a êles equiparados, por contrários à lei, quase sempre poderá dar-se através de ação proposta por algum prejudicado direto” (*Revista de Direito Administrativo*, “Da Ação Popular”, vol. VI, p. 19).

Aliás, segundo alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, principalmente em matéria de demissão de funcionário público mediante inquérito, já se vinha observando a tendência de o Judiciário apreciar, largamente, as provas do processo administrativo no seu *merecimento*, a fim de verificar, em suma, da justiça ou injustiça do ato demissório.

O ato administrativo, quando eivado de nulidade prevista em lei ou quando maculado por uma lesão que afete profunda e visivelmente o patrimônio público, não pode, em resumo, ficar livre do contrôle do juiz, nos termos do art. 141, § 38, da Constituição Federal, consoante a melhor doutrina que promana não só da letra como do espírito da norma editada pelo poder constituinte.

“Impossível, enfim, o encerramento dêste estudo” — é o que afirma PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, em oportuno e recente trabalho — “sem que se peça a atenção de todos para a mais importante consequência de quanto se dispõe no § 38 do art. 141 da Constituição, e que não é — parece-nos — a de ter êle facultado a qualquer cidadão o exercício da ação popular, mas é, isto sim, a de ter profundamente inovado em matéria de contrôle judicial dos atos administrativos. Até aqui, com efeito, não era dado aos nossos juizes, no julgamento de qualquer ação, dizer do mérito dos atos administrativos, examinando-os sob os aspectos de conveniência ou moralidade. Agora, chamados a julgar se o ato impugnado é, ou não, lesivo ao patrimônio público, não vemos como possam evitar aquêle mesmo pronunciamento, devendo apreciar, assim, a conveniência e a própria moralidade do ato” (*Revista Forense*, “A ação popular constitucional”, vol. 157, ps. 21 a 23).



## CAPÍTULO VII

**27 - A tendência juscivilística: regresso modernizado ao instituto da lesão. 28 - Orientação liberal dos projetos destinados à normatividade da actio popularis.**

27 - Não se diga que a lesão, por si só, não tem força bastante para desvitalizar o ato administrativo irregular ou imoralmente praticado.

A nosso ver é a lesão (a qual deve ser, é certo, prudentemente apreciada pelo juiz, através do jôgo e aplicação dos princípios gerais de direito, uma vez que ainda não veio a lume a lei reguladora da ação popular) o requisito substancial da outorga democrática, e requisito já determinado no preceito constitucional. Ao magistrado cabe, na solução dos litígios, realizar o processo de integração do direito, preenchendo, com prudência e sabedoria, as lacunas da norma legal. É que ao magistrado, chamado a resolver os pleitos, não é dado, “sob pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, eximir-se de proferir despachos ou sentenças” (art. 113 do Cód. de Proc. Civil). Quando autorizado a decidir por equidade — dispõe ainda a regra processual — o juiz aplicará a norma que estabelecerá se fôsse legis-

lador (art. 114). São princípios aceitos pelo nosso direito legislado, constituindo partes importantes do sistema consubstanciado nos arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil (decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942). O juiz, na aplicação da lei, ao dar-lhe a sua interpretação humana, sincera, racional e apropriada aos multivários fenômenos de vida ou aos desajustamentos trazidos ao seu exame e julgamento, deverá atender, em suma, aos fins sociais a que se dirige a norma legal e às exigências do *bem comum*.

O direito moderno, nas suas constantes metamorfoses, não deixou de sofrer, principalmente de uns tempos a esta parte, entre nós, a influência de um como que regresso, equilibrado e modernizado, às velhas regras do instituto da lesão, regras que, como é sabido, não foram adotadas pelo Código Civil Brasileiro, relegados que foram ao pretérito os princípios consubstanciados, a respeito, nas Ordenações ao Reino e normas subsequentes.

O interessante fenômeno evolutivo não passou despercebido à aguda perspicácia jurídica e sociológica do eminente professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, que assinala, muito a propósito, depois de analisar toda a legislação brasileira atualmente em vigor nos seus conteúdos penais ou nitidamente cíveis pertinentes ao problema: “Nós não temos, no momento, um instituto da lesão com todas as suas ordens de idéias concatenadas. Mas a legislação protecionista, intervencionista, socializadora e equitativa compõe um conjunto articulado e norteado na mesma direção, a que não é êle estranho. Temos um instituto penal da lesão, que estende sua sombra sobre o edifício juscivilístico.

“É êste conjunto que cria e alimenta esta fase intermédia entre o que fôra e o que será o instituto da lesão no Brasil. Por certo parecerá uma extravagante audácia a afirmativa nestes termos, prenunciadores da ressurreição dêste organismo. Não é necessária, porém, intuição divinatória para fazê-la. Basta atentar para a tendência do direito em todo o mundo, refletida nos livros de doutrina, nas florações legislativas, e no que podemos conhecer das manifestações judiciais, para têmos um dado preciso e concreto, de que inferir inequívocamente êste rumo do direito positivo, de adaptação aos imperativos da moral, e ao ideal de justiça” (*Lesão nos Contratos Bilaterais*, ed. da Rev. Forense, 1949, p. 211).



A legislação brasileira da atualidade registra, com efeito, casos típicos daqueles critérios com que os antigos legisladores e juristas caracterizavam e definiam o instituto da lesão como causa de anulação dos atos jurídicos em geral.

A chamada Lei de Usura, nesse sentido, entreabre hipótese assaz esclarecedora, e a Lei de Economia Popular, de sua vez, com repercussão no âmbito das relações cíveis, ensêja exemplo que se amolda às completas com o conceito lesivo, se bem que modernizada e atenta às nossas peculiaridades sócio-econômicas.

A tendência, como se vê, é sentida, indelêvelmente, por quantos se disponham a examinar a evolução legiferante, denotando uma verdadeira “ressurreição” do tradicional instituto da lesão, instituto que “tomará ainda corpo no direito civil brasileiro, vestido à moda dos figurinos novos...”, como elegantemente assim conclue sua tese o eminente jurista patricio (op. cit., p. 212).

É oportuno rememorar que o anteprojeto para um “Código das Obrigações”, trabalho de vulto e ao qual emprestaram sua preciosa e autorizada colaboração os notáveis juristas e consagrados civilistas ministros OROSIMBO NONATO, FILADELFO DE AZEVEDO e HAHNEMANN GUIMARÃES, não se mostrou infenso à argüida tendência, recebendo-a através de aspectos que, em alguns pontos, mereceram a abalizada crítica construtiva de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “sem lhe regatear merecidos aplausos” (op. cit., p. 162).

A idéia, portanto, está em marcha. E se assim acontece em relação ao juscivilismo, com maior razão está se operando de referência ao *jus publicum*, que êste é que comanda e disciplina a ação popular constitucional, que busca evitar, precisamente, que atos *lesivos* ao interêsse geral prevaleçam com menos-prêzo aos conceitos morais ou éticos, desde que são êstes da essência da democracia inspirada na civilização cristã e indispensáveis ao soerguimento moral e espiritual do atribulado homem dos nossos tempos.

A regra moral nas obrigações é um imperativo a influenciar, cada vez mais, a normatividade sócio-jurídica a ser racionalmente adotada pelo Estado de Direito.

O constituinte nacional, ao dispor sôbre a ação popular, a par das razões políticas e sociológicas, que estavam a recomendar a conveniência ou oportunidade do restabelecimento da

prerrogativa da cidadania, foi influenciado, de certo, por aquela tendência.

28 — O projeto debatido no Senado Federal contém evidentes características de orientação liberal.

Efetivamente, quer o plano legal n.º 2.466/52, que teve curso, originariamente, na Câmara Alta da República, sob proposição do então senador FERREIRA DE SOUZA (proj. n.º 25/1947), quer o substitutivo ao mesmo oferecido, na Câmara Federal, pelo ilustre deputado e publicista BILAC PINTO, em 10 de dezembro de 1953, regulam não só os casos permissivos de ação popular fundados em atos nulos ou simplesmente anuláveis, como ainda em outras hipóteses lesivas especialmente discriminadas no seu texto.

O substitutivo BILAC PINTO (vede anexo) disciplina, sob rigor técnico digno de nota, os casos de *desvio de poder*, tendo merecido os aplausos, principalmente nessa parte, não só do emérito professor e administrativista RAFAEL BIELSA, como ainda do professor FREDERICO MARQUES, êste conforme artigo publicado no “Estado de São Paulo”, edição de 31 de dezembro de 1954.

Dêle disse o catedrático da Universidade de Buenos Aires: “Atualmente, em certos sistemas, como o francês, se defende o direito *objetivo* quanto à *legalidade da atividade administrativa* e, ainda, à sua *moralidade*, por meio de recursos contenciosos, chamados de *anulação*, bem conhecidos, tais como o de *excesso de poder* e o de *desvio de poder*, que, na realidade, é uma forma derivada do anterior, muito embora possa ter maior âmbito de aplicação. Isso explica que a atual ação popular proceda nos casos em que procede o recurso de desvio de poder. Assim se considera no projeto apresentado pelo deputado Prof. BILAC PINTO, no Congresso Nacional do Brasil. Nesse notável projeto se institui um regime orgânico e completo, bem inspirado e que se fôr convertido em lei, como é lógico esperar, elevará bastante o espírito cívico da parte consciente e responsável do povo e contribuirá para o saneamento moral da administração pública nas três ordens: a da União, a dos Estados e a dos Municípios” (*Revista Forense*, vol. 157, p. 34).

Esses planos legislativos nitidamente se filiam à corrente doutrinária provinda do direito italiano e que ensina que o controle do Poder Judiciário, por meio da ação do povo, em defesa

do patrimônio público, se efetiva tão só e exclusivamente nos casos taxativamente enumerados ou previstos em lei.



## CAPÍTULO VIII

**29 - A técnica da garantia dos direitos individuais. 30 - A auto-aplicabilidade do preceito constitucional. 31 - Oportunas decisões das magistraturas paranaense e paulista. 32 - O rito processual a ser observado.**

29 — É conhecido o princípio segundo o qual a todo direito corresponde u'a ação para protegê-lo, para torná-lo efetivo quando necessário, para dinamizá-lo, enfim, como centro operante de equilíbrio entre as variadíssimas relações ou entrechoques de interesses que surgem na comunidade social. Assim ocorre, tradicionalmente, no ramo do direito privado (cf. art. 76 do Código Civil Brasileiro e art. 2.º do Cód. de Proc. Civil).

A tôda liberdade fundamental — e “as Constituições”, no ensinamento de PONTES DE MIRANDA, “fazem *fundamental* o que não é (ou ainda não é) supraestatal”, in *Comentários à Const. de 1946*”, vol. III, p. 45 — cabe, por igual, uma garantia jurídica específica, de natureza eminentemente pública, sem a qual, muitas vêzes, o próprio direito público subjetivo poderia perecer ou estar destinado a ficar inscrito, nas cartas políticas, como simples declarações formais, sem alma e sem matiz, “*como sonados pensamientos, pero jamás como derechos*”, segundo a elegante e verídica expressão de CARLOS S. FAYT (*Los Derechos Del Hombre y sus Garantias Constitucionales*, Buenos Ayres, 1945, p. 140).

Sem dúvida, as declarações de direito, ainda que consagradas nas leis maiores, ou nas disposições matrizes ou fundamentais, mas desprovidas do ariete protetor de suas garantias, estariam fadadas a ser relegadas a plano “de vanas enunciaciones, de líricas postulaciones. Serían a lo suma um punado de palabras gloriosas, que no pudiendo hacer valer su significación y contenido, tendrían el valor de una mansa y callada idea, grávida de exaltaciones, transformada en hueca y vacía por su imposibilidad de realizarse” (FAYT, op. cit., p. 140).

O princípio de liberdade, imanente ao sistema de organização democrática do grupo político, é, em suma, a grande força que aciona essa engrenagem moderna de preservação dos direitos do homem e do cidadão, em face do Estado. Oportuna, nesse sentido, a predicação do eminente ALCORTA, quando proclama, em notável estudo especializado, que “No basta reconocer los derechos individuales, es menester garantizarlos, ha dicho LU-BOULAYE; y tal es el objeto de las constituciones modernas. Las cartas no tienen un encanto magico: no se hace la felicidad de los pueblos imaginando qualquier sistema, que no es casi siempre sinó un recuerdo del pasado. La mejor constitución es aquella que garante la seguridad mayor al individuo: en otros términos, la conserva mayor la libertad” (*Las Garantias Constitucionales*, 2.<sup>a</sup> ed., p. 35).

Daí a absoluta necessidade da existência, nas cartas constitucionais, a par das solenes declarações de direitos públicos subjetivos, ou juntamente com elas, de um amplo e liberal sistema de institutos jurídicos, capaz e armado de meios objetivos e concretos para resguardar a inteireza e plenitude do exercício das liberdades individuais.

Tal sistema de proteção política a jurisdicional dos direitos fundamentais do homem tem a denominação de *garantias dos direitos individuais*, ou seja, das liberdades fundamentais da pessoa humana diante do Estado, figurando, dentre elas, não há negar, no estágio atual do direito público brasileiro, como instituto poderoso de índole política, a ação popular contra os atos lesivos do patrimônio público e assemelhado.

Existe, assim, uma nítida diferenciação, segundo as normas jurídicas do moderno Estado de Direito (*rule of law*, consoante a denominação anglo-saxônica), entre as *declarações* propriamente ditas e suas *garantias* constitucionais. “Devem-se separar, no texto da lei fundamental”, — como esclarece, procedentemente, o professor PINTO FERREIRA, arrimado nos conceitos lapidares de RUY BARBOSA, — “as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo, não raro, juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia” (*Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, vol. 2, p. 506).

O direito fundamental e nímiamente democrático, por outras palavras, está precìpuamente reconhecido, como já enunciámos em as notas introdutórias, através da preceituação do art. 1.º da Constituição, fonte humana de integração jurídica dos poderes políticos no Estado Brasileiro e canal por meio do qual se manifesta a característica espiritual e elevada de que cogita o preâmbulo de nossa Magna Carta. E as garantias dêsse direito político por excelência, de sua vez, estão representadas, dentre outros instrumentos jurídicos, em nosso sistema, pela adoção do regime republicano representativo baseado na instituição do sufrágio universal, com o voto direto e secreto, a ser colhido em eleições livres e periódicas. Destas resultam mandatos de duração temporária, assegurando-se, como corolário de tudo isso, a vida partidária, a responsabilização, perante os órgãos competentes, dos autores de crimes funcionais e dos abusos de poder, e bem assim a fiscalização dos governantes, não só por meio dos representantes eleitos, como por intermédio, em certos e determinados casos, do próprio povo, agora credenciado para o exercício do mais amplo direito de petição (art. 141, § 37) e para a impetração da outorga cívica destinada à defesa do patrimônio dos entes públicos e organismos assemelhados (§ 38 do art. 141 da C. F.).

Ao povo, que elege, reserva dêsse modo a lei-mater o poder bastante para fiscalizar os eleitos, na ausência ou na inércia dos que, dentro da estrutura da própria administração, tenham o encargo normal de proceder a essa fiscalização.

É que o povo, quando elege, não pode ficar escravizado àqueles que dele receberam mandato, uma como que procuração, não em *causa própria* e assim livre de quaisquer prestações de contas, mas, sim, uma autêntica delegação da soberania popular, sujeita à confiança dos mandantes e aos poderes expressos e exclusivos para servir, e não desservir, à coletividade e ao interesse geral.

A Constituição Brasileira, assim normatizando a vida jurídica e política da Nação, mostra inteira e louvável compatibilidade com as idéias democráticas e com os fatores reais de poder, num sistema de govêrno liberal e dignificante, cujas boas práticas, entre nós, mais dependem do fator homem-público, moral e conscientemente educado, do que das próprias fórmulas jurídico-constitucionais.

30 — Restabeleceu, imperativamente, o constituinte de 1946, no Capítulo dos Direitos e das Garantias individuais, o princípio segundo o qual “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das autarquias e das sociedades de economia mista” (cf. art. 141, § 38, da C. F.).

O cânone, no regime da Carta de 1934, como já assinalá-mos, não teve aplicação imediata, a despeito de possuir linguagem quase que idêntica à adotada pelo supremo legislador brasileiro da atualidade.

Daí, não há negar, o primeiro impulso para a grande controvérsia que desde logo se abriu nos pretórios em torno da norma em boa hora revivida pela consciência jurídica e democrática da Nação.

O preceito seria auto-aplicável?

A norma conteria, por outras palavras, todos os meios para a sua execução imediata, independentemente de lei posterior e regulamentadora?

O debate foi deveras benéfico, porque caracterizador de um movimento oportuno e providente, no sentido de fixar, desde logo, orientação destinada a afastar, do instituto, o seu grande e inconveniente fator protelatório: a morosidade parlamentar (que poderia ocorrer, como aliás vem ocorrendo, no processo de elaboração da lei complementar) não mais viria preponderar contra o almejado revigoramento da ação popular prevista pelo legislador constituinte, cujo poderio incontestável de vontade política organizatória ficaria, dessarte, sempre sobranceiro e incólume, maximé em face de qualquer delonga desalentadora por parte do legislador ordinário.

Mas, de qualquer maneira, foram nítidas e pugnazes as duas correntes que se entregaram à tarefa de buscar a verdadeira exegese do dispositivo constitucional.

Em São Paulo, percorrendo sôbre palpitante caso discutido no fôro e na imprensa, surgiram os argumentos ponderáveis de VICENTE RÃO, ANTÃO DE MORAIS e outros, cada qual pugnando, com ênfase e brilhantismo, pela necessidade de complementação do inciso pela legislação ordinária, tal a série de aspectos não cuidados pelo constituinte e que demandavam maior investigação ou devida regulação pela lei complementar.

Entre nós FRANCISCO RAITANI chegou, mesmo, a es-

crever excelente estudo no sentido de demonstrar, a par do caráter essencialmente democrático do instituto, a necessidade de sua regulamentação como matéria “que toca à substância da ação”, concluindo por afirmar que “a ação popular, instituída pelo art. 141, § 38, da Constituição, está sujeita à regulamentação. Justifica-se essa regulamentação: a) — para conciliar o texto com os demais que disciplinam a independência e harmonia dos poderes (Const. Federal, art. 36); b) — pela obscuridade do texto; c) — para a fixação de um critério genérico de resguardo ao segredo de Estado (art. 141 § 36, n. VI) op. cit., ps. 25-26.

Há mais de cinco anos, em parecer sôbre caso concreto, pronunciávamo-nos pela desnecessidade dessa regulamentação, como, aliás, está hoje em dia tranqüilamente assentado nos pretórios do país.

É que as garantias constitucionais são, pela sua própria natureza, de molde a merecer aplicação imediata, a menos que o contrário determine o legislador constituinte.

A Carta de 1946 possui vários exemplos que realçam as exceções confirmatórias da regra geral (arts. 89, parág. único; 129, n. IV; 134; 157, n. IV; 158, etc.).

O preceito é, assim, tipicamente *self-executing*, podendo ser aplicado, com prudência e sabedoria jurídica, independentemente de legislação ordinária.

Os próprios conceitos emitidos pelo eminente jurista ANTÃO DE MORAES, se bem que esposando a argüida regulamentação, não deixaram de proclamar que “ninguém contesta que as garantias constitucionais são de execução imediata” (op. cit., p. 328).

E assim é, na verdade, segundo a melhor doutrina fixada em tôrno do assunto.

NELSON CARNEIRO, ilustre professor-docente da Faculdade de Direito da Universidade da Bahia, na sua já citada tese de concurso e que versou sôbre a ação popular no direito brasileiro, emitiu ensinamento de indiscutível procedência e abonado por farta bibliografia nacional e estrangeira: “*Sabido é que, em regra, os dispositivos constitucionais são auto-executáveis* (RUY BARBOSA, GEORGE TUCKER, COOLEY, DAVIS, V. BURKE, LOBINGIER, BLACK e outros, in CARVALHO SANTOS, “Revista Forense, vol. LXVII, 649; LEVI CARNEIRO, “Anais da Câmara dos Deputados”, XXV, 71).

“Sòmente um propósito injustificável de dificultar as coisas poderia protelar o exercício de direitos, que se incorporaram, há mais de um biênio, ao patrimônio cívico de cada cidadão.

“O § 38 do art. 141 da Constituição tem existência própria, encontra nas leis em vigor os elementos necessários à sua completa realização” (*Revista Forense*, julho de 1951, p. 38).

No mesmo sentido a opinião, por todos os títulos autorizada, do ilustrado professor TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI: “O § 38 institui a ação popular. O preceito é de aplicação imediata, auto-executório. Não depende para o seu cumprimento de regulamentação legal, o que, evidentemente, não exclui qualquer iniciativa legislativa nesse sentido” (*A Constituição Fed. Comentada*, vol. III, p. 265).

Certa vez o saudoso e emérito ministro FILADELFO AZEVEDO, bordando comentários sôbre o preceito semelhante da Carta de 1934, teve oportunidade de professar que, “*ainda que não interditada por falta de regulamentação*, como ficou demonstrado na hipótese análoga do mandado de segurança, desde logo empregado em profusão, fôrça é reconhecer que a ação popular só será freqüentemente exercitada quando o Poder Legislativo minudar os seus requisitos, forma e efeitos, em lei especial, semelhante à de n.º 191, que prescreveu normas processuais para o mandado assecuratório de direitos líquidos e certos” (*Arquivo Judiciário*, vol. 42, p. 47, suplem.).

31 — A jurisprudência, no seu papel de ajustamento ou fixação do direito, não falhou, desta feita, à sua elevada missão jurídica, como já fizemos sentir, em face do preceito constitucional regente da *actio popularis*.

O juiz brasileiro, com assim proceder, se situou, de resto, dentro da concepção abroquelada nos artigos 113 e 114 do Código do Processo Civil, em consonância ainda com as normas dos artigos 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, normas que regulam expressamente a sua conduta diante dos claros porventura existentes nos institutos legais debuxados pelo legislador.

Com a atitude mental e jurídica da magistratura nacional foi dada plena realização, não há dúvida, ao estabelecido na Constituição Federal, pois os julgados como que suplementaram o cânone constitucional mercê da aplicação das regras e



dos princípios gerais de direito, tudo para o fim elevado e de caráter sócio-jurídico de dar vida e existência efetiva à prerrogativa da ação do povo, a fim de que esta não caísse, perigosamente, dentro de novo sepulcro de silêncio ou talvez de morte.

Foi, assim, a nossa magistratura fiel àquela soberba definição de jurisprudência que nos vem da sempiterna sabedoria dos velhos jurisconsultos da velha e sábia Roma, segundo as “*Institutas*” e o “*Digesto*” de JUSTINIANO: “*divinarum atque humanarum rerum notitia, justī atque injustī scientia*”.

A jurisprudência dos nossos tribunais, com efeito, não tem vacilado no admitir a aplicação imediata do mandamento constitucional segundo as regras do procedimento ordinário inscrito no Código de Processo Civil, já que não existe, até a presente data, devidamente regulado em lei, um rito especial para a *actio popularis* (o substitutivo BILAC PINTO, art. 10, é expresso no determinar que a ação popular obedeça ao rito ordinário disposto no Livro III, Título único, do Cód. de Proc. Civil).

Dois acórdãos existem realmente irreprocháveis, no sentido da aplicação imediata do texto constitucional, sem necessidade da prévia lei regulamentadora.

A primeira decisão está encerrada no substancioso aresto prolatado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em autos de apelação provida da citada comarca de Guarapuava, sendo relator o ilustre desembargador ISAIAS BEVILAQUA, constante do *Paraná Judiciário*, v. 51, fasc. III, ps. 314-321, *verbis*: “Inscrevendo-se, entre os direitos e garantias individuais, a ação popular, restabelecida a 18 de setembro de 1946, pelo art. 141, § 38, da Constituição Federal, não depende de regulamentação, como com inteira aplicação a êsse preceito constitucional ensinou com a sua reconhecida autoridade de constitucionalista o grande ministro CASTRO NUNES, escrevendo a propósito do mandado de segurança:

“O preceito entrou em vigor com a própria Constituição, ainda que sem a lei que o disciplinasse, *ex-proprio vigore*, pelo princípio da auto-executoriedade (Self-enforcing) que acompanha as declarações de direitos” (*do Mandado de Segurança*, p. 23, 2.<sup>a</sup> edição).

“E a lição de RUY no ponto indicado pelo eminente magistrado era a seguinte: “Entre os textos constitucionais executáveis sem o concurso de legislação supletiva sobressaem os de caráter proibitório”.

“No mesmo caso estão as declarações constitucionais de direitos.

Estas atuam *ipso jure*, pelo mero fato da sua existência nas Constituições onde se consignam” (*Comentários à Const. Federal Brasileira*, coligidos por HOMERO PIRES, vol. II, ps. 438 e sgts.).

“No seu livro “Direito Intertemporal”, p. 325, ensina CARLOS MAXIMILIANO:

Cumpra distinguir entre as *leis constitucionais* e as *administrativas* ou de *ordem pública* em geral.

“As primeiras regem o presente e o futuro; se não ressalvavam, de modo explícito ou implícito, as situações jurídicas definitivamente estabelecidas, não estancam nem recuam diante das mesmas.

“A sua aplicação é imediata: tudo o que se lhe oponha é eliminado.

“O poder constituinte é absoluto.

“Todavia, para destruir direito individual anteriormente grangeado, pressupõe entre êste e a norma suprema indubitável incompatibilidade”.

“Ora, nada mais incompatível com os preceitos constitucionais do regime vigente em nosso país do que os atos praticados pelo administrador de um Município, quando lesivos do patrimônio dêste.

“Como em luminoso voto disse incisivamente o ministro OROSIMBO NONATO:

“E, à derradeira, ainda que não prevalecessem tôdas essas razões, bastaria a índole para assegurar-lhe aplicação intensa, poderosa a empolgar em seu domínio o máximo de casos (*Direito*, XLVI, p. 106) ”.

Essa esplêndida e vigorosa decisão colegiada, exarada, por votação unânime, em data de 6 de dezembro de 1949, tendo subido, em grau de recurso extraordinário, ao conhecimento do colendo Supremo Tribunal Federal, não suscitou, a respeito da matéria tão brilhantemente focalizada, o menor reparo da parte dos ministros que julgaram o feito (*Revista Forense*, vol. 156, ps. 160-161).

Outra notável e opulenta decisão, em idêntico sentido, foi a que proferiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua Quarta Câmara Civil, confirmando a orientação do juízo de primeira instância, que repelira a alegação de inoportunidade

de aplicação do preceito constitucional pela falta da respectiva regulamentação (*Revista dos Tribunais*, vol. 181, ps. 826 a 836, ac. de 16-6-1949).

A sentença é, realmente, primorosa e honra o seu autor, juiz JOSÉ FREDERICO MARQUES, figura das mais brilhantes da equipe de juristas do vizinho Estado de São Paulo e professor de largos méritos hauridos e confirmados não só na cátedra, como ainda no exercício de nobre judicatura.

A peça vem publicada, integralmente, na edição do “Estado de São Paulo”, de 22 de dezembro de 1948, e, quanto ao aspecto da imediata aplicação do cânone constitucional, nela acentuou magistralmente o seu prolator:

“O direito de propôr ação popular, nos termos em que o consagra a letra da Constituição Federal, independe de regulamentação ulterior, para ser usado e exercitado. Sem embargo das brilhantes alegações dos patronos dos réus, bem como dos argumentos expedidos no parecer junto ao segundo volume dos autos, entendo de forma contrária, por se me afigurar suficiente o conteúdo do preceito constitucional, para aplicação cabal dêsses direitos “*pro populo tuetur*”. O mandado de segurança, muito mais complexo e inçado de problemas, recebeu plena aplicação nos pretórios do país, quando instituído pela Constituição de 1934, bem antes mesmo de a lei n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, regulamentar a matéria. Em contingências tais, o mandamento constitucional é dilatado de acôrdo com as regras de hermenêutica, e através dos princípios sôbre a integração do ordenamento jurídico, porque a imediata aplicação de um direito individual solenemente proclamado sobreleva à desejável uniformidade de soluções nas diversas controvérsias que o assunto possa suscitar. Com a analogia e os suplementos dos princípios gerais de direito, não será difícil ao juiz apreciar com segurança as questões que possam surgir em uma lide dessa natureza, cabendo-lhe, *propter utilitatem publicam*, desdobrar o preceito constitucional, “*adjuvandi vel supplendi juris gratia*”. Nem de outra forma, o Conselho de Estado em França criou pretorianamente o recurso contra “*l’excès de pouvoir*”.

O recém-nato Tribunal de Alçada de São Paulo, por sua vez, sufragou o mesmo entendimento, decidindo ser auto-aplicável o preceito do art. 141, § 38, da C. F. (*Rev. dos Tribunais*, vol. 243, p. 358, ac. un. de 29-8-955).

Mais não será preciso dizer para deixar definitivamente

fixado que a norma constitucional permissiva da ação popular de natureza civil, desde que sinceramente exercitada pelo cidadão na defesa do patrimônio público, à vista de atos lesivos praticados pelas autoridades, é de natureza auto-executável, como assim já o decidiu, aliás, o maior intérprete da Lei Magna Brasileira, o colendo Supremo Tribunal Federal, em vários arestos sobre o importante tema (veja-se, v. g., o interessante acórdão publicado no Arquivo Judiciário, ps. 93-161).

32 — Verificado, pelo exposto, que a jurisprudência dos nossos tribunais não tem hesitado no aplicar imediatamente o mandamento constitucional, resta deixarmos assinalado — e sobre este ponto, cremos, não poderão pairar quaisquer dúvidas, em face do sistema adotado pela nossa vigente processualística — que o desenvolvimento da ação, em juízo, deve subordinar-se às regras do processo ordinário (arts. 291 e segs. do Cód. de Proc. Civil), já que não existe um rito especial para a *actio popularis*.

O processo especial do mandado de segurança, pleiteado a-lhures, não se nos afigura compatível com a verdadeira natureza jurídica da ação do povo. No *writ* pretende-se acautelar direito eminentemente privado do suplicante, contra ato ilegal ou abusivo de qualquer autoridade, que venha a ferir um *jus* individual líquido e certo, não amparável por *habeas-corpus* (Constituição, art. 141, § 24), enquanto que na ação popular de natureza civil, segundo a regra permissiva do texto constitucional, o objeto do pleito é nîmiamente público, porque tendente, em última análise, à defesa, pelo cidadão, em caráter impessoal e cívico, do patrimônio da entidade de direito público ou instituição assemelhada. Inconfundíveis, como se vê, as duas formas processuais, dada a diversa relação de direito que constitui o âmbito de incidência de cada uma delas.

É específica, repita-se, a destinação constitucional de ambos os remédios jurídicos de contrôle dos atos dos agentes do poder público: o mandado de segurança é a medida protetora de um direito preexistente e cujo titular, direto e imediato, é o particular, seja pessoa natural ou jurídica. Na ação popular, pelo contrário, o cidadão age não na defesa de um direito substancial próprio, corporificado em seu patrimônio particular, mas, sim, por motivo de um interesse cívico e geral que o impele a fiscalizar os governantes ou aqueles que manejam, de qualquer modo, com o patrimônio público, no sentido de uma colabo-

ração em favor da moralidade e eficiência administrativas.

O primeiro pode ser requerido por qualquer pessoa, seja ou não portadora dos requisitos de cidadania; a segunda somente por brasileiro-eleitor, como iremos demonstrar logo mais adiante.

CASTRO NUNES, com a sua invejável acuidade jurídica, lembra, todavia, uma única hipótese em que poderá ter cabimento o *writ*: “A ação, que está admitida *para pleitear*, não pode ser admitida pelo mandado de segurança, salvo se requerido este para assegurar ao *cidadão* o exercício mesmo daquele direito, isto é, *do direito* de intentar a *ação popular*, caso lhe seja obstado sob qualquer coação do poder público” (*Do Mandado de Segurança*, 2ª ed., p. 231).

Na tese apresentada à consideração do I Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado em São Paulo, no período de 21 a 27 de novembro de 1954, por motivo da passagem do IV Centenário de fundação da capital do vizinho Estado, já tivemos o ensêjo de ressaltar a finalidade específica da ação popular, que se não confunde nem pode ser substituída pelo mandado de segurança (*Liberdades Fundamentais da Pessoa Humana em face do Estado*, cf. ANAIS, 2.º vol., p. 355).



## CAPÍTULO IX

**33 - Direito político privativo dos cidadãos brasileiros. Distinção entre nacionalidade e cidadania. 34 - O estrangeiro não pode exercer a ação popular.**

33 — “A Constituição assegura *aos brasileiros* e *aos estrangeiros* residentes no país a inviolabilidade...”.

“Qualquer cidadão será parte legítima...”.

Ao intérprete desprevenido da Carta Magna poderá parecer que todo e qualquer brasileiro ou homem do povo aqui radicado possa residir em juízo para pleitear, nos termos do § 38 do art. 141, a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio das entidades enumeradas no preceito constitucional.

O vocábulo *cidadão*, adotado pelo constituinte, está aí empregado, todavia, no seu sentido eminentemente jurídico e usual, entre nós, para designar, única e exclusivamente, o cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, na forma da Lei Básica, e integrante, pelo respectivo alistamento, do corpo político organizado pela Justiça Eleitoral.

Doutrinando no bom sentido, o eminente professor PEDRO CALMON, magnífico Reitor da Universidade do Brasil, esclarece que se cuida, na verdade, de puro *direito político*, só podendo ser exercitado, em consequência, por cidadão brasileiro que não esteja sob as sanções de suspensão ou perda dos direitos políticos, previstas no art. 135 da Constituição. Eis o seu magistério: “O direito de petição (§ 37) cabe a todos (brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil, art. 141); mas o de pleitear a defesa do patrimônio público lesado pela administração é privativo dos cidadãos (art. 131), isto é, dos brasileiros aptos para exercerem os direitos políticos (art. 135). Cidadão era, no velho léxico, o membro soberano da cidade soberana (MAURICE BLOCK, “Dictionaire Général de la Politique”, I, 357, Paris, 1867). A Constituição do Império, art. 6.º, definira: são cidadãos brasileiros... Assim a de 1891, art. 69. A palavra desapareceu nas Constituições de 1934 e de 1946, substituída pela generalidade: São brasileiros... (op. cit., nota n. 44, p. 287).

Para CARLOS MAXIMILIANO a “prerrogativa inserida no § 38 cabe apenas aos *cidadãos*, isto é, aos *brasileiros*”, deixando, porém, de fazer a distinção, que a matéria comporta às completas, no sistema da atual Carta Magna, entre nacional e cidadão, para o efeito da caracterização dos respectivos direitos políticos (op. cit., p. 172).

A distinção em aprêço não constitui, aliás, nenhuma novidade em nosso direito público e ressalta agora bem nítida do sistema adotado pela Carta de 1946, como no-lo diz TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, “não só no título mas ainda no desenvolvimento do capítulo onde se precisam os direitos e os deveres dos nacionais e dos cidadãos” (op. cit., vol. III, p. 5).

Veja-se, por exemplo, a doutrinação de PIMENTA BUENO, ao assinalar que são inconfundíveis as qualidades de *nacional* e de *cidadão*.

A primeira, dizia o seguro expositor do nosso direito público ao tempo da vida imperial, precede e é distinta da segunda,

isto é, da que diz respeito ao *cidadão ativo* (*Direito Público Brasileiro*, ed. de 1857, p. 448).

Decidindo no exato sentido, o doutor VERCINGETORIX DE CASTRO GARMS, ilustre juiz paulista, teve oportunidade de pôr em relêvo a distinção feita entre as duas categorias por alguns intérpretes da Constituição de 1891, citando, em abono de suas considerações, os conceitos de SORIANO DE SOUZA (*Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional*, 1893, ps. 389-390), RODRIGO OTÁVIO e DOMINGUES VIANA (*Elementos de Direito Público e Constitucional*, 1913, ns. 34 e 38). E conclue, acertada e juridicamente, que o brasileiro não eleitor está impossibilitado de ajuizar a *actio popularis* atribuída pelo texto constitucional ao *cidadão*, característica que é consubstanciada pela aquisição do título eleitoral (*Revista dos Tribunais*, vol. 186, p. 656).

De sua vez ARAUJO CASTRO, analisando o sistema das Cartas de 1891 e de 1937 e apoiado em ESTRADA (*Curso de Derecho Constitucional*, vol. I, p. 112), adota a mesmíssima distinção para concluir, expressamente, que *cidadania* não é sinônimo de *nacionalidade* (*Manual da Constituição Brasileira*, ed. de 1918, p. 286, e *A Constituição de 1937*, p. 249, ed. 1938).

Não é diversa a opinião dos dois ESPÍNOLA (pai e filho), quando escrevem que, “em nosso sistema legislativo, o conceito de cidadania está reservado à qualidade de possuir e exercer os direitos políticos” (*A Nova Constituição do Brasil*, 1946, p. 397), qualidade essa privativa do eleitor.

Daí, não há dúvida, a razão por que “cidadão e eleitor” — já o decidiu o Trib. de Justiça de São Paulo, confirmando a aludida sentença do magistrado VERCINGETORIX DE CASTRO GARMS — “são palavras sinônimas, em nossa Constituição vigente, como bem se infere dos seus arts. 131 e seguintes” (rev. cit., p. 650).

Outra opinião concordante foi a emitida pelo desembargador CARLOS XAVIER, que se refere, especialmente, ao modo por que se formalizava a prerrogativa da cidadania ao tempo da Carta de 1937: “O art. 115 distingue a *nacionalidade* da *cidadania*, qualidade esta que se deve adquirir mediante o título de eleitor” (*A Const. do Estado Novo*, p. 269, ed. de 1938).

A própria epígrafe, sob a qual a matéria se acha disposta na atual Constituição, denota a palpável distinção, a ser feita, para os fins jurídicos que a importante questão suscita em nos-

so direito, entre os dois vocábulos, encontradiços, aliás, na terminologia adotada pela ciência política moderna.

Tal circunstância é salientada por SEABRA FAGUNDES, que diz dever-se atribuir ao texto do § 38 do art. 141 da Constituição “sentido restritivo (nacional no gozo dos direitos políticos). A referência que se faz a *cidadão* nesse inciso, em meio a muitos outros, deve traduzir uma intenção limitativa. Tanto mais quanto se encimou o Capítulo I do Título IV com a expressão “Da Nacionalidade e Cidadania”, distinguindo-se, pelo menos aí, entre a qualidade de *nacional* e a de *cidadão*. Se a exegese gramatical é, em regra, a pior, porque a letra mata e o espírito vivifica, não se segue que não tenha, também, a sua oportunidade. E, quando oportuna, só por isto, passa a ser a melhor” (*Rev. de Dir. Administrativo*, vol. VI, p. 18).

ALAIM DE ALMEIDA CARNEIRO não discrepa, por seu turno, da argumentação do ex-Ministro da Justiça e ex-presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quanto a êsse aspecto de interpretação gramatical da matéria, corroborando a distinção: “Nossa Constituição, aliás, distinguiu os conceitos, tanto assim que denominou o Capítulo I, do Título IV, “Da Nacionalidade e da Cidadania” (*Rev. de Dir. Administrativo*, vol. VII, 1947, p. 365).

Oportunamente acrescenta o Juiz VERCINGETORIX DE CASTRO GARMS que “não é só pela epígrafe que se pode fazer a distinção dos conceitos entre *nacional* e *cidadão*: pelas próprias disposições constitucionais é evidente a diferença entre um e outro. A Constituição Federal de 1946 determina, no art. 129, quais os indivíduos que são “brasileiros”; e no art. 130 prevê os casos em que o brasileiro perde a nacionalidade. Passa, então, no art. 131 a definir quais os brasileiros que são eleitores (são eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos que se alistarem na forma da lei). Estabelece os motivos da suspensão ou perda dos direitos políticos (arts. 135 e 136) e da inelegibilidade (art. 139). Claro está que, na técnica da Constituição Federal de 1946, o conceito de cidadania está reservado à qualidade de possuir e exercer direitos políticos e essa qualidade se adquire mediante o título de eleitor, que habilita a participar da vida política ativa da nação” (*Revista dos Tribunais*, vol. 186, p. 656).

O Tribunal de Justiça de São Paulo placitou o mesmo entendimento, tendo acordado, em Terceira Câmara Civil, por de-



cisão unânime de 27 de março de 1950, relator o desembargador PRADO FRAGA, que a “qualidade de possuir e exercer direitos políticos é privativa do eleitor. Cidadão e eleitor são palavras sinônimas, em nossa Constituição vigente, como bem se infere dos seus arts. 131 e seguintes”, motivo pelo qual é “parte ilegítima para propôr a ação popular de que cogita o art. 141, § 38, da Constituição Federal o indivíduo não eleitor, que por êsse motivo não é considerado cidadão” (rev. cit., ps. 650 e 648, cf. ementa).

Não há confundir, como se viu, duas coisas real e juridicamente inconfundíveis, valendo os respectivos conceitos dentro dos seus justos e próprios limites.

A sabedoria de RUY BARBOSA, fixando a verdadeira interpretação a ser dada ao texto da nossa primeira Constituição Republicana, já ensinava que cidadão é o nacional no gozo dos direitos políticos (*Comentários à Const. Federal*, vol. V, ps. 147-154, ed. de 1934, Saraiva).

Para PIMENTA BUENO direitos políticos eram “as prerrogativas, os atributos, as faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no govêrno de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo dêsses direitos” (*apud* DARDEAU DE CARVALHO, *Nacionalidade e Cidadania*, Rio, 1956, ed. Freitas Bastos, p. 292).

Que existem duas categorias de brasileiros, a dos nacionais (natos ou naturalizados), desprovidos, contudo, de direitos políticos, e a dos nacionais (igualmente natos ou naturalizados) que possuem direitos políticos, na sistemática da atual Constituição, dí-lo ainda o citado DARDEAU DE CARVALHO, com a sua autoridade de Diretor da Divisão de Assuntos Políticos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, admitindo a distinção, que vimos focalizando, nos seguintes termos: “O exame dêsses artigos (135 a 137 da Constituição vigente), realmente, mostra-nos a existência de duas categorias de brasileiros: os que têm direitos políticos e os que não os têm, temporária ou definitivamente. *Cidadão*, portanto, seria o brasileiro que tem direitos políticos, de acôrdo, aliás, com a doutrina de muitos escritores nacionais e estrangeiros” (op. cit., p. 295).

Podemos afirmar, assim, que todo cidadão, dentro do nosso sistema, é um brasileiro, mas nem todo brasileiro pode ser considerado como cidadão, segundo as regras maiores editadas

pela Constituição de 18 de setembro de 1946, normas que, dado o caráter analítico que caracteriza o nosso supremo estatuto legislativo, e em face, sobretudo, da supremacia do preceito constitucional em relação a todas as leis ordinárias, não podem ser nem modificadas, nem restringidas. Ao legislador ordinário somente caberá discutir e votar as regras complementares e necessárias à plena realização do preceito fundamental, que esgota, por assim dizer, a substância do instituto, no sentido de deixar bem visível a distinção entre *nacionalidade* e *cidadania*.

34 — A ação popular, como vimos, é uma das formas típicas do exercício de direitos políticos, cujo *substratum* é a liberdade.

Ela se integra, por outras palavras, na normatividade do *jus civitatis*, que tem, de sua vez, no *jus suffragii*, em os sistemas de democracia representativa ou indireta, o canal humano por que passam, como fonte de poder organizatório, a vontade e a determinação do corpo político da Nação.

Alguns administrativistas chegam, mesmo, a considerar que nela existe uma aplicação particular do exercício privado da função pública, segundo nos informa VEZIO CRISAFULLI, em o *Nuovo Digesto Italiano*, p. 139, Roma, 1937, nota n.º 3, apoiado na conceituação de ZANOBINI (*L'esercizio privato delle funzione e dei servizi pubblici*, in "Trattato di diritto amministrativo" dell'ORLANDO, vol. II).

O celebrado professor RAFAEL BIELSA, doutrinando quase no mesmo sentido, é ainda mais categórico quanto ao *munus* público de que reveste a ação do povo em defesa do patrimônio estatal: "No que respeita à ação popular, consideramos que seu exercício é função pública, embora o autor não seja funcionário (conceito que já apresentamos). É função pública por seu objeto, por seu fim, por seu modo de exercício e por seus efeitos. Seu objeto é a *impugnação* de um ato do Estado, ou seja, de seus poderes ou órgãos; seu fim é a *anulação ou extinção do ato*; seu modo de exercício é de *direito público*; seus efeitos jurídicos modificam a ordem positiva ou os atos da autoridade pública" (*Revista Forense*, vol. 157, p. 48).

Forma típica de participação ativa do cidadão na fiscalização dos negócios administrativos, segue-se que toda pessoa que não se achar investida da qualidade política de cidadania — caracterizada, juridicamente, como vimos, pela aquisição do tí-

tulo de eleitor — não estará em condições de propôr a ação popular.

Os estrangeiros, ainda que residentes no país em caráter permanente, figuram dentre os que se acham impossibilitados de exercer a franquia democrática.

Podemos concluir, portanto, que a ação popular de natureza civil, consoante os moldes firmados pelo constituinte brasileiro, significa um autêntico monopólio cívico-político dos brasileiros, natos ou naturalizados, uma vez inscritos eleitores e no pleno gozo de suas prerrogativas, convindo acentuar que o Brasil convencionou, na esfera internacional, o preceito segundo o qual a naturalização perante as autoridades competentes de qualquer dos países sinatários implica a perda da nacionalidade de origem (art. 1.º da Convenção sobre Nacionalidade, firmada em Montevideú, no Uruguai, a 26 de dezembro de 1933, por ocasião da VII Conferência Internacional Americana, e promulgada pelo decreto n. 2.572, de 18 de abril de 1938 — *in* “Leis e Normas de Direito Internacional Público”, do professor OSCAR MARTINS GOMES, ed. Saraiva, S. Paulo, 1956, p. 179).

Não existe, no caso, qualquer privilégio incompatível com a organização democrática, nem menosprêzo algum aos legítimos direitos civis dos nacionais de outras pátrias.

Veja-se que os próprios brasileiros, aqui nascidos e fixados, desde que não registrados eleitores, estarão incapacitados para o exercício da outorga constitucional. E, quanto aos estrangeiros, são expressas as declarações ou convenções internacionais no restringir, por óbvias razões, o exercitamento de atividades políticas dentro da jurisdição do Estado em que se encontrem. Com efeito, a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, aprovada e assinada, na cidade de Bogotá, em maio de 1948, durante a realização da “XI Conferência Internacional Americana”, proclamou êsse dever de abstenção de atividades políticas, nos seguintes termos: “*Todo estrangeiro tem o dever de se abster de tomar parte nas atividades políticas que, de acôrdo com a lei, sejam privativas dos cidadãos do Estado onde se encontrar*” (art. XXXVIII, cf. texto constante da ata de encerramento dos trabalhos dêsse certame — *Revista Forense*, vol. CXXXVIII, ps. 599 e segs.).

Idêntica restrição vem consubstanciada, de forma implícita, é verdade, nos incisos 1 e 2 do artigo XXI da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, aprovada em resolução da

III Sessão ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, em Paris, a 10 de dezembro de 1948, no Palácio Chailot (cf. texto divulgado pelo Departamento de Informação Pública da O.N.U.).

A restrição, sôbre ser perfeitamente justificada, mostra-se ainda absolutamente coerente com a nossa tradição republicana.

Lê-se, efetivamente, numa varonil e oportuna página do egrégio JOÃO BARBALHO, plenamente corroborada pela lição de VON HOLTZENDORF, sábio professor da Universidade de Munick, que “os estrangeiros, na qualidade de hóspedes, nada têm que ver com o govêrno da casa; si êste não lhes agrada, ou procurem outro país que entendam ser melhor governado, ou calem-se e não se intrometam nem procurem influir na direção do que não lhes toca. Merecem bom gasalhado, si bem procedem; mas sua intrusão nos negócios públicos, além de ser invasão do domínio das prerrogativas próprias e privadas do cidadão do país, pode vir em certos casos a crear dificuldades ao govêrno nacional” (*Constituição Federal Comentada*, p. 404, 2.<sup>a</sup> ed. correta e aumentada pelo autor, Rio, 1924).

A regra predominante na doutrina política dos Estados contemporâneos, afora raras exceções, é a da não extensibilidade dos direitos políticos aos estrangeiros, consoante menciona PONTES DE MIRANDA (*Comentários à Constituição Federal*, de 10 de novembro de 1937, Ed. Pongetti, 1938, Rio, tomo III, p. 356).

A Constituição em vigência acatou, dêsse modo, a grande divisão das prerrogativas individuais em *direitos civis* e *direitos políticos*.

Os primeiros são comumente extensivos, dentro da cidade-la protetora do direito moderno, a tôda e qualquer pessoa, não aceitas as distinções por motivo de nacionalidade, credo político, raça ou de qualquer outra natureza (cf. Código Civil, parte geral, art. 3.<sup>o</sup>; e art. 1.<sup>o</sup> do Código Bustamante — aprovado pelo dec. legislativo n.<sup>o</sup> 5.467, de 7|1|1929, e promulgado pelo dec. n.<sup>o</sup> 18.871, de 13|8|1929).

Mas, com referência aos segundos, estão êles vinculados diretamente à cidadania, porque de vital interêsse para a manutenção e segurança do Estado, em virtude da influência decisiva que o indivíduo partícipe do corpo político da Nação exerce na formação da própria organização estatal. É uma questão de

legítima defesa, geralmente consagrada na esfera do direito internacional (Código Bustamante, art. 2.º, segunda parte).

Por isso mesmo é que a Carta de 1946, no seu art. 141, *caput*, “assegura aos *brasileiros* e aos *estrangeiros* residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade”, nos termos, todavia, que ela consagra e normatiza.

A linguagem da Constituição, quando extensiva a qualquer ser humano, habitante do território sujeito à nossa soberania, seja brasileiro ou estrangeiro, é muito adequada e inconfundível. O constituinte diz, *verbi gratia*: “*todos* são iguais perante a lei” (art. 141, § 1.º); “*ninguém* poderá ser obrigado a fazer ...” (§ 2.º do cit. art.); “*todos* podem reunir-se sem armas...” (§ 11); “*ninguém* será prêso senão...” (§ 2.º); “*ninguém* será levado à prisão...” (§21); “a prisão ou detenção de *qualquer* pessoa...” (§ 22); “dar-se-á *habeas corpus* sempre que *alguém*...” (§ 23); “*ninguém* será processado ou sentenciado senão...” (§27); “é assegurado a *quem quer que seja*...” (§ 37), etc..

Já é diversa, profundamente diversa, não há negar, a fala constitucional, no que tange aos direitos políticos propriamente ditos, a começar pela disposição concernente à franquia democrática (*qualquer cidadão* será parte...).

O constituinte, para essa classe de direitos ou garantias, se reporta, expressamente, ao art. 129, esclarecendo, ainda, em certos e determinados casos, quando deseja a observância rígida da nacionalidade propriamente dita (nacionalidade originária), ou quando está a admitir a interferência do brasileiro naturalizado (nacionalidade adquirida), como se depreende de vários dos preceitos da Carta de 1946 (art. 38, par. único, n.º I; art. 80, n.º I; art. 90, par. único, n.º I; art. 99; art. 103; art. 141, n.º 9; art. 155, par. único; e art. 160).

A ação popular, segundo a letra do cânone constitucional, refere expressamente a categoria de *cidadão*, o que implica dizer que se cuida de *direito público subjetivo* e *político*, a ser exercitado, única e exclusivamente, pelos que forem brasileiros, natos ou naturalizados, na forma do mencionado art. 129, consoante referem os tratadistas (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição Brasileira*, de 1946, vol. III, p. 380; SEABRA FAGUNDES, *Revista de Direito Administrativo*, vol. VI, p. 17). Brasileiros e eleitores, monta repetir.

Ao estrangeiro, de resto, como é óbvio, não concede, nem de leve, a Constituição o direito de voto. Não lhe poderia, mesmo, conceder, *ipso facto*, quer a fiscalização dos eleitos pelo sufrágio, quer a fiscalização da gestão dos interesses patrimoniais ou administrativos dos entes públicos ou assemelhados.

O próprio cidadão brasileiro, desde que incurso em quaisquer dos casos previstos pelo art. 135 da Constituição (perda ou suspensão dos direitos políticos), não estará em condições de ajuizar a *actio popularis*, enquanto perdurarem os efeitos da cassação ou suspensão, cabendo ao legislador ordinário estabelecer as condições de reacquirição dos direitos políticos e da nacionalidade (art. 137 da C. F.). A lei ordinária já foi elaborada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República, regulando a aquisição, a perda e a reacquirição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos (n.º 818, de 18/9/1949, in D. O., da União, de 19/9/1949).

Interessante é observar que, seguindo a rota adotada pelo constituinte nacional, tão pródigo quanto ao instituto da ação popular (vejam-se, v.g., os casos inscritos no parágrafo único do art. 12 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tipicamente de ação popular de cunho administrativo), o referido diploma legal n.º 818, cuja importância para os destinos políticos do país é inegável, criou mais uma hipótese específica de ação do povo. Estabelece, no § 1.º do seu art. 35, que a nulidade do decreto de naturalização, decorrente da falsidade ideológica ou material de qualquer dos documentos exigidos pela lei, poderá ser declarada em ação, devidamente regulada nos arts. 24 e 23, promovida pelo Ministério Público Federal ou por *qualquer cidadão*. A ação popular, de cunho administrativo, vem também consignada no art. 17 que prescreve que, “durante o processo de naturalização, poderá qualquer cidadão brasileiro *impugná-la*, desde que o faça fundamentadamente, devendo ser junta ao processo a impugnação e os documentos que a acompanharem.”

Outro exemplo clássico de ação popular, geralmente reconhecido por todos os países de organização democrática, é o relacionado com a exclusão de eleitor da lista dos admitidos ao corpo político da Nação.

A lei n.º 1.164, de 24 de julho de 1950, que instituiu o Código Eleitoral, prevê e admite que *qualquer eleitor* possa promover o processo para a verificação de qualquer das causas que

acarretam a exclusão de quem estiver inscrito para votar e ser votado, na forma da Constituição e leis em vigor (art. 41 § 1.º).

Fica, dessarte, demonstrada, *quantum satis*, a existência, no tocante ao exercício da faculdade inserida no § 38 do art. 141 da Carta Fundamental de 1946, de um verdadeiro monopólio cívico-político a ser exercido, exclusivamente, pelos brasileiros, natos ou naturalizados, porém no gozo dos direitos políticos atribuídos aos nossos cidadãos pela Constituição e pelas Leis, direitos políticos que compreendem, precìpuamente, “*o de votar e ser votado*” (art. 38 da cit. lei n.º 818). E monopólio para ser exercitado em todo o país, afastadas quaisquer distinções entre os brasileiros (art. 31, n.º I). Tudo é Brasil para o efeito do ajuizamento da ação fiscalizadora do povo. A nação é uma unidade não só moral como também cívica, econômica e social. A violação do interesse público num Estado-membro afeta, dêsse modo, todo o organismo nacional. A Constituição consagra a vedação absoluta de distinções por motivo de nascimento, dentro do território pátrio.

Assim, não é dado nem ao Parlamento Nacional nem ao Poder Judiciário — a regra proibitiva se dirige a todos os poderes da República — admitir ou criar diferenciações entre brasileiros, quaisquer que sejam os lugares de sua naturalidade ou residência, no tocante à ação popular. “As preferências que o art. 31, I, veda, e, pois, faz nulas,” acentua PONTES DE MIRANDA, “são tôdas as que, direta ou indiretamente, criarem vantagens aos filhos de um Estado-membro em relação aos filhos de outro Estado-membro, bem como entre um Estado-membro e outro ou outros, ou, ainda, entre o Município de um Estado-membro e os de outro (ou do mesmo)” — op. cit., vol. I, p. 500. Inscrição eleitor numa unidade federada, desde que no gozo de suas prerrogativas políticas, poderá o cidadão brasileiro, conseqüentemente, exercer o alto encargo de resguardo do patrimônio público em qualquer parte do território nacional, por força, ainda, da unidade da justiça eleitoral.

O insigne SEABRA FAGUNDES afirma que o “direito à ação popular instituído na Constituição é um direito público subjetivo da categoria dos direitos políticos”, citando, para ilustrar a sua assertiva, a lição de tratadistas estrangeiros e nacionais, não deixando qualquer dúvida sobre a matéria (*Revista de Direito Administrativo*, vol. VI, ps. 17-18).

O projeto FERREIRA DE SOUZA, no seu art. 7.º, exigia dupla condição: ser brasileiro e civilmente capaz para a legitimação do cidadão na propositura do pleito.

O preceito, segundo a redação aprovada no Senado, não lhe modificou a essência, conforme se vê do projeto n.º 2.466/52, ora em trânsito na Câmara dos Deputados.

Mais compreensível e técnica, porém, se nos afigura a redação dada à matéria pelo substitutivo BILAC PINTO (cf. art. 3.º), exigindo a comprovação, pelo autor da ação popular, ou pelo recorrente, da qualidade de *eleitor*. E, como só pode ser eleitor o brasileiro, nato ou naturalizado, maior de 18 anos, desde que alistado na forma da lei (Const., art. 131, e Código Eleitoral, arts. 31 e segs.), segue-se, inquestionavelmente, que o estrangeiro jamais poderá exercitar, pessoalmente e por sua própria iniciativa, a ação constitucional.



## CAPÍTULO X

### 35 - Os partidos políticos e os sindicatos em face da ação popular.

35 — Já se admitiu alhures, como nos informa SEABRA FAGUNDES, a impetração do pleito popular por pessoa jurídica (op. cit., *apud* APPLETON, *Traité Élémentaire du Contentieux Administratif*, 1927, p. 558).

Tal, porém, não é possível, em nosso direito, por via de regra.

É o que nos ensinam o mesmo SEABRA FAGUNDES (rev. cit., p. 18) e NELSON CARNEIRO (op. cit., ps. 39-40). Este autor, todavia, focaliza exemplo, em que se realça interesse público de indiscutível procedência, qual seja o relativo ao fechamento, inoportuno ou injusto, de um leprosário, por ato de prefeito, “com evidente ameaça de contaminação para todos os munícipes”, nele não vendo razões para “negar-se a uma associação, destinada ao combate à lepra, o direito de instaurar ação popular” (op. cit., p. 40).

No caso focalizado, porém, fácil seria a qualquer membro da diretoria, ou da comunidade ameaçada, ingressar, pessoal-



mente, com a ação, encontrando, assim, na lei todos os recursos específicos para a reparação, em tempo, do alarmante prejuízo à coletividade.

Os partidos políticos, pelas mesmas razões que autorizam somente ao cidadão o uso da *actio popularis*, não podem requerer, em juízo, essa espécie de procedimento constitucional.

A jurisprudência, em boa hora, isso mesmo já deixou asentado com segurança, por intermédio do julgado que resolveu o caso do “Estado de São Paulo”, havendo o Tribunal de Justiça daquela unidade federativa confirmado, apenas contra um voto, nesse sentido, a decisão do juiz professor FREDERICO MARQUES. O aresto tem ementa concisa e juridicamente exata: — “Somente o cidadão, pessoa física, titular dos direitos decorrentes da nacionalidade, é que tem a faculdade de exercer a ação popular. Dêse direito não gozam as pessoas jurídicas, nem mesmo os partidos políticos” (*Revista dos Tribunais*, vol. 181, ps. 826 *usque* 845). E o S.T.F., no acórdão lavrado no rec. ext. n.º 18.741, datado de 27|10|953, deliberou que o partido político não pode propor o remédio previsto no art. 141, § 38, da Constituição.

Além dos fundamentos aduzidos no citado acórdão, todos demonstrativos da impossibilidade, até de ordem constitucional, dada a expressão inconfundível usada pelo constituinte, a qual não possibilita o uso da prerrogativa pelas associações políticas devidamente registradas no Tribunal Superior Eleitoral, existe mais um, de *jure condendo*, a nosso ver irresponsável.

É que os partidos políticos, segundo o proclama, aliás, a moderna concepção publicística dessas importantes unidades destinadas a atuar poderosamente na formação da mentalidade política e cívica do povo, são expressamente considerados, em nosso direito escrito ou legislado, na categoria de verdadeiras *pessoas jurídicas de direito público interno*. A equiparação dos partidos brasileiros às entidades públicas vem expressamente consignada no art. 132, do vigente Código Eleitoral, nos seguintes termos: “Os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito público interno”.

Ora, ninguém, em sã consciência jurídica, poderá sustentar que a ação popular, a ser exercida por *qualquer cidadão* brasileiro em defesa do patrimônio coletivo (ressalvadas as hipóteses, já descritas, de perda ou suspensão dos direitos políticos),

também possa ser exercida por uma entidade de direito público contra (ou a favor) de outra entidade de direito público.

A ação, que é dada ao *cidadão*, exclusivamente, como titular de direitos públicos subjetivos, não se assemelha, sob este aspecto, ao instituto do mandado de segurança, precípua mente destinado à proteção de direitos individuais líquidos e certos, que o *writ of mandamus* pode também ser usado por pessoa jurídica, consoante é pacífico na doutrina e na jurisprudência. O seu preceito (§ 24 do art. 141 da C. F.) não encerra, contudo, qualquer óbice a essa interpretação abarcadora das pessoas jurídicas para o uso do remédio excepcional.

Ademais, quem é o titular do direito nitidamente político de votar e ser votado — e já vimos que a *actio popularis* está ligada, umbelicalmente, a essa poderosa circunstância — é o eleitor, devidamente inscrito, e não o partido, a que ele se achar filiado.

Sabido é, por outro lado, como faz sentir PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, que as pessoas dos cidadãos, ainda que integrantes ou filiadas a qualquer partido político, são juridicamente distintas da personalidade específica das agremiações em que se reúnem.

A lei constitucional tem, em suma, linguagem, a que o emérito ministro OROSIMBO NONATO chamaria de *desengañada*: “qualquer cidadão será parte legítima...”. Refere-se o texto, não há dúvida, tão somente, ao brasileiro como pessoa física e componente do corpo político da Nação e tendo em vista, portanto, a sua qualidade pessoal e indelegável de eleitor devidamente registrado e que lhe outorga, conseqüentemente, todas as prerrogativas de cidadão ativo: votar, ser votado e fiscalizar os agentes da administração pública, quer os escolhidos por sufrágio direto seu, quer os que não o sejam, mas que exerçam qualquer parcela de poder em nome da organização jurídica e política do Estado.

A vedação também se estende, em face das mesmas razões expostas, aos sindicatos e a outras associações classistas, que não podem, assim, intentar a ação popular. Poderão fazê-lo, todavia, quaisquer dos seus diretores ou agremiados, contanto que o façam na qualidade de *cidadão*.

## CAPÍTULO XI

**36 - A posição dos eleitores entre 18 e 21 anos de idade.**

**37 - Desnecessidade de outorga uxória para a mulher eleitora.**

36 — Dispõe o Código Civil que aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil (art. 9.º).

Dentro do sistema adotado, estabelece ainda a nossa codificação que são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I — os menores; II — os loucos de todo o gênero; III — os surdo-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; e IV — os ausentes declarados tais por ato do juiz (art. 5.º).

São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n.º I), ou à maneira de os exercer: I — os maiores de 16 e menores de 21 anos (arts. 154 e 156); II — as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal; III — os pródigos; e os selvícolas (Código Civil, art. 6.º).

Determina, ainda, o Código Civil que cessará, para os menores, a incapacidade nos seguintes casos: I — por concessão do pai, ou, se fôr morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 18 anos cumpridos; II — pelo casamento; III — pelo exercício de emprego público efetivo; IV — pela colação de grau científico em curso de ensino superior; e V — pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria (art. 9.º, § 1.º).

O § 2.º do citado artigo 9.º cuida de regra especial para o efeito do alistamento e do sorteio militar, cessando, também nessa hipótese, a incapacidade do menor que houver *completado 18 anos de idade*. O referido parágrafo foi introduzido no Código pelo decreto n.º 20.330, de 1931, tendo sido modificado, quanto ao índice de idade, pelo decreto-lei n.º 9.500, de 23 de julho de 1946, que estabelece que, para efeito do serviço militar, cessará a incapacidade do menor que houver *completado dezessete anos* (art. 139).

No tocante aos menores com idade inferior a 18 anos, não existe qualquer problema a ser indagado, em face da ação de que trata o cânone constitucional. Perduram, em relação a esses incapazes, em toda a sua extensão, as limitações de capacidade

estatuídas na legislação civil, não podendo os mesmos, em consequência, ainda que por intermédio de seus representantes legais, promover a ação popular.

É que tais menores ou incapazes jamais poderão alistar-se como eleitores, à vista da regra inscrita no art. 131 da Carta de 18 de setembro de 1946 (reeditada pelo art. 2.º do Código Eleitoral) e segundo a qual são eleitores somente os brasileiros maiores de 18 anos que se alistarem na forma da lei. E, se não poderão alistar-se eleitores, não há que cogitar, relativamente a esses menores, de direitos políticos ou de pressupostos de cidadania, exigidos, como já se viu, para o impulsionamento da medida constitucional.

A hipótese de idade oscilante entre 18 e 21 anos é que assume contornos interessantes, em matéria de propositura da ação do povo.

Poderão esses brasileiros, desde que eleitores, no uso e gozo, portanto, não só da capacidade política, como também das prerrogativas inerentes à cidadania, propor a ação popular, independentemente de assistência de seus pais ou representantes legais?

O Código Civil, é verdade, exige a argüida assistência e, dentro do seu sistema, a resposta não poderia ser outra senão a negativa. Também faz idêntica exigência o Código de Processo Civil (art. 80).

Mas os Códigos Civil e de Processo, nessa parte e unicamente para os efeitos de realização dos direitos de cidadania, fundados na capacidade política do eleitor, devem ser entendidos em função das regras maiores inseridas na Constituição Federal.

As referidas regras, não há dúvida, abriram como que mais uma hipótese de emancipação do menor, para os atos da vida política, declarando cessada, dessarte, a incapacidade dêle em tudo que disser respeito à atividade dêsse eleitor no exercício do *jus civitatis*. Quer dizer: o brasileiro, nato ou naturalizado, contando idade entre 18 e 21 anos, ao inscrever-se eleitor perante a Justiça Eleitoral, torna-se um autêntico cidadão, cabendo-lhe, de consequência, em tôda a sua plenitude, para os atos de sua vida política, o incontestável direito, outorgado constitucionalmente, de propôr a *actio popularis*, sem qualquer permissão ou autorização de seu pai ou tutor (a terminologia adotada pelo Código Civil fala em *assistência* ou *consentimento*).

A norma do art. 131 da nossa atual Carta Política, a exemplo, aliás, da que se continha na Carta de 1934 (art. 184), é taxativa no considerar eleitores, contanto que se alistem na forma da lei, todos os brasileiros, de ambos os sexos, *maiores de dezoito anos*.

Nessa matéria, como é bem de ver, não creou o constituinte nacional qualquer limitação.

Concedeu, aí, na verdade, o legislador constituinte, com profunda repercussão sobre a codificação civil e introduzindo-lhe como que mais uma exceção à regra geral, uma espécie de emancipação extraordinária, para os atos da vida política do cidadão.

Note-se que o Código Eleitoral, adotado pela Lei n.º 1.164, de 24 de julho de 1950, está rigorosamente enquadrado dentro da sistemática constitucional. Não exige seja o requerimento dos brasileiros, com idade entre dezoito e vinte e um anos, instruído com qualquer consentimento ou autorização dos pais ou representantes legais. A letra da lei eleiçoeira exclusivamente exige que o requerimento seja formulado de próprio punho pelo interessado e venha acompanhado de “documento do qual se infira, por direito, ter o requerente *idade superior a 18 anos*” (cf. arts. 31 e segs.). Nenhuma alusão, pois, a documento comprobatório de aquiescência do progenitor ou tutor. Por causa, é justo repetir, da maioria política inserta na cláusula do Supremo Estatuto, que prevalece sobre as demais leis.

A espécie não tem, contudo, sabor de ineditismo entre nós.

Já na vigência da Constituição de 16 de julho de 1934 (art. 184), que reduzira para dezoito anos a idade prevista no Código Eleitoral de 1932, coube ao insígne jurisconsulto CLOVIS BEVILAQUA, com efeito, esclarecer proficientemente a questão.

O mestre proferiu judiciosa conferência na cidade de Fortaleza, em janeiro de 1935, apreciando vários aspectos da nova Carta Política em face do Código Civil, de que fôra o principal autor, ocasião em que salientou que “a nossa Constituição vigente, urgida por circunstâncias de momento, não se contentou com traçar a síntese geral das experiências jurídicas, necessárias à existência dos brasileiros. Em muitos passos, admitiu regras que não são fontes positivas de uma segunda classe. Prejudicou-se a técnica possivelmente, em proveito da utilidade prática.

“Por essa atitude, o Código Civil recebeu modificações ou confirmações diretas, em lugar de repercussões lógicas” (*Revista dos Tribunais*, vol. 97, p. 32).

E acrescentou CLOVIS: “Começa a maioria política aos 18 anos, para um e outro sexo (Constituição, art. 108, pr.).

“A capacidade civil, segundo o Código, artigo 9.º, exige idade mais adiantada. Sòmente aos 21 anos se adquire. Estará abrogado o preceito do Código?

“Hesitei em decidir-me, diante da gravidade da matéria; mas, por fim, tive de reconhecer que, se aos dezoito anos o individuo está apto para intervir na direção dos interesses da coletividade nacional, como eleitor e como eleito, seria ilógico desconhecer-lhe capacidade para gerir os seus próprios negócios. Como, porém, sòmente os que sabem ler e escrever podem alistar-se como eleitores, fôrça é reconhecer que sòmente êsses, depois de alistados, gozarão também da plenitude dos direitos civís, aos 18 anos completos.

“Aliás, para o efeito do alistamento e do sorteio militar já cessava a incapacidade civil do menor que tenha completado 18 anos de idade — dec. n.º 20.330, de 27 de agôsto de 1931” (rev. cit., ps. 34-35).

Ao publicar, na íntegra, a notável conferência do mestre, ressaltou, porém, a direção da *Revista dos Tribunais*, em nota, que “a jurisprudência da Còrte paulista assim não tem entendido. Veja-se, entre outros arestos, o que se encontra na *Revista dos Tribunais*, vol. 96, p. 367” (rev. cit., p. 34). A orientação do Tribunal de São Paulo iria ficar, mais tarde, vitoriosa no seio do Supremo Tribunal Federal, como nos informa TEMÍTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (op. cit., vol. III, p. 25; acórdão de 30 de abril de 1937, relator o ministro LAUDO DE CAMARGO).

PONTES DE MIRANDA, EDUARDO ESPÍNOLA e outros tratadistas, na época, não concordaram com a lição do egrégio civilista, dividindo-se as opiniões entre um e outro ponto de vista e fazendo-se, mesmo, alguma confusão sôbre o verdadeiro alcance da interpretação dada por CLOVIS à matéria. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, votando vencido o emérito professor WALDEMAR FERREIRA, travou movimentado debate sôbre o assunto, tendo se manifestado favoravelmente ao ponto de vista do egrégio civilista.

O próprio CLOVIS reporta-se a essa divergência doutrinária-

ria, dizendo que “a Constituição de 1934, art. 108 e art. 117 da Carta de 1937, conferindo a capacidade política aos 18 anos, a essa mesma idade concedeu a capacidade civil, para ambos os sexos, sob a condição de saberem ler e escrever essas pessoas. Esta matéria debatida por competentes, uns a favor da tese acima enunciada, outros contra, apesar dos fundamentos racionais e técnicos, em que assenta, não obteve, ainda, a convergência dos espíritos. Sustentei-a em conferências proferidas, em Fortaleza (1935) e na cidade do Rio de Janeiro (1939)”. In “Código Civil Comentado”, 7.<sup>a</sup> ed., 1.<sup>o</sup> vol., p. 199.

Durante o debate, argüiu-se, por exemplo, apressadamente, que o sábio arquiteto de nossa codificação havia sustentado a indiscriminada redução, para 18 anos, da idade exigida pelo art. 9.<sup>o</sup> do Código Civil Brasileiro.

Isso provocou da parte do “mestre dos mestres” oportuna palestra pronunciada na Sociedade de Criminologia, no Rio de Janeiro, em 12 de agosto de 1939, subordinada ao tema “A idade perante as leis civis e criminais”.

Renovou CLOVIS, naquela oportunidade, o seu entendimento, trazendo à colação do debate novos e impressionantes argumentos e as respeitáveis opiniões, concordantes com a sua assertiva, de TEIXEIRA DE FREITAS e LAFAYETTE. E asseverou o insígne civilista: “Em face de uma situação legal — semelhante a que enfrentamos agora — TEIXEIRA DE FREITAS ensinou: quem pode exercer direitos políticos está habilitado para todos os atos da vida civil; e LAFAYETTE considerou que essa proposição constituía uma verdade irrecusável” (TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, nota 5 ao art. 202 da 3.<sup>a</sup> ed.; LAFAYETTE, *Direitos de Família*, § 119, 2 *in fine*, ed. de 1909 — in “Opúsculos”, n.<sup>o</sup> IV, Rio de Janeiro, 1942, ps. 30-31).

Foram mais estas as coerentes e incisivas afirmações de CLOVIS, dando plena e cabal resposta aos seus opositores: “Como observou VICENTE DE AZEVEDO, há certo malentendido da parte dos contestantes. Não se afirmou que, em virtude do art. 108 da Constituição de 1934 e 117 da atual, a maioria baixasse de 21 para 18 anos. A ilação tirada desses dispositivos foi que a capacidade política deve corresponder à civil. Também porque o Código faz cessar a incapacidade de menor de 18 anos, pelo casamento, não se segue que o solteiro de 18 anos goze do mesmo favor legal.

“Ocupando-me da extinção do pátrio poder, no *Código Civil comentado*, II, p. 377 da edição de 1937, afirmei, já sem discutir, por me parecer o caso líquido e certo: “hoje a pessoa, atingindo aos dezoito, adquire a capacidade civil plena, com o título de eleitor”. No *Direito da Família*, p. 405 da edição de 1938, depois de ter dito que a maioria começa aos vinte e um anos completos e de ter referido os casos dos parágrafos do art. 9 do Código Civil, acrescentei: “A emancipação ainda resulta, para os menores, que tiverem 18 anos cumpridos, da inscrição na lista dos eleitores. E assim em diferentes ocasiões.

“Êsse é o meu ponto de vista, isso afirmei e confirmo, isso continuo a ler no lúcido edito da lei, sem a mais leve sombra na admiração, no respeito e na estima, que, sinceramente, consagro aos sábios colegas e amigos, que se colocaram noutra ponto de vista” (*Opúsculos*, vol. cit., p. 31 — nossos os grifos).

Observe-se que a linguagem do art. 131 da atual Constituição corresponde quase que literalmente à da Carta de 1934 (art. 108).

Num ponto, contudo, os participantes da interessante polémica jurídico-constitucional estavam plenamente de acôrdo: ninguém punha em dúvida a plenitude do exercício, pelo eleitor de 18 ou mais anos de idade, dos direitos políticos concernentes à sua qualidade de membro ativo do corpo eleitoral da Nação. Pois a controvérsia girava tão sòmente sôbre se o brasileiro eleitor, com dezoito ou mais anos de idade, cidadão apto, portanto, para exercer os atos da atividade política, ficaria, ou não, só por êsse fato, habilitado para todos os atos da vida civil.

O eleitor, é claro, deve agir livre e conscientemente, afim de manifestar a sua vontade, a sua escôlha, sem quaisquer dependências ou influências.

O preclaro LAFAYETTE outra coisa não disse, ao ensinar que “o exercício dos direitos políticos pressupõe no indivíduo um certo grau de independência, incompatível com a submissão ao pátrio poder” (*Direito de Família*, 1.<sup>a</sup> ed., p. 244).

O anteprojeto, aprovado no Senado, estabelece que só será parte legítima, nos têrmos do art. 1.<sup>o</sup>, quem fôr brasileiro e *civilmente capaz* (art. 7.<sup>o</sup> do projeto n.<sup>o</sup> 2.466/1952).

Segundo pensamos, existe nessa preceituação uma clara e imperdoável antinomia, que, se aceita pelo Poder Legislativo, poderá vir a ser declarada como inconstitucional pelo Judiciário.



De fato.

O art. 1.º do projeto, na mesma linha da proposição inicial do ilustre senador FERREIRA DE SOUZA, menciona que *qualquer cidadão* será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista (Constituição, artigo 141, § 38).

Como, portanto, exigir-se, contraditóriamente, o requisito de capacidade civil, quando a Lei das Leis sòmente exige, para a *legitimatío ad causam*, a condição de ser cidadão brasileiro, vale dizer, eleitor, no pleno gôzo das respectivas prerrogativas?

O elastério, se é que com o referido preceito se quis mesmo exigir a capacidade plena pelo atingimento da maioria de que trata o art. 9.º do Código Civil (maioria de que, *para os efeitos políticos*, cedeu ante a letra clara e expressa da Constituição, no seu art. 131), entra em conflito com a superlegalidade constitucional, sôbre ser incongruente dentro do próprio sistema aceito pelo projeto.

Mais técnico e preciso, por isso mesmo, se nos afigura o substitutivo do deputado professor BILAC PINTO, que corrige e aperfeiçoa o plano legislativo destinado à regulamentação do instituto.

Nele não foi adotada, com efeito, a cláusula restritiva do questionado art. 7.º, preferindo-se, no seu lugar, em obséquio ao verdadeiro espírito da norma constitucional, esta concisa e correta prescrição: — “Ao ingressar em juízo como autor da ação popular, ou como recorrente, *deverá o cidadão provar a sua qualidade de eleitor*” (art. 3.º). É o quanto basta. O eleitor, na amplitude do exercício de suas prerrogativas, é que, de fato e de direito, é o *cidadão*, a que aludem não só o princípio constitucional, como ainda o art. 1.º do próprio projeto. E são eleitores — repita-se, mais uma vez, a determinação do constituinte, no sentido da outorga de uma autêntica carta de emancipação política — *os brasileiros maiores de dezoito anos* que se alistarem na forma da lei (Constituição, art. 131).

Assim, ostentando a idade de dezoito, dezenove ou vinte e um anos incompletos, uma vez inscrito eleitor, e a despeito de sua condição de relativamente incapaz em face da lei civil, está plenamente autorizado o cidadão a propor u’a ação popular, nos termos da regra do art. 141, § 38, da Carta Magna de 18 de

setembro de 1946, sem a assistência de seu pai ou tutor e independentemente, vale salientar, de qualquer lei ordinária isso permitindo. É que a Constituição atua desde logo, pois que não poderia ficar na dependência do legislador ordinário em matéria sobre a qual já dispôs explicitamente, no sistema criado pelo constituinte, quando deu *legitimatío ad causam* para qualquer cidadão.

NELSON CARNEIRO, na sua excelente tese, tantas vêzes citada nesta nossa despretenciosa dissertação, sustenta idêntica opinião, fazendo, contudo, depender a autorização, para o menor eleitor exercer a *actio popularis*, da competente lei ordinária disciplinadora da legitimidade processual (op. cit., p. 38).

Observe-se, finalmente, que o eleitor, qualquer que seja a sua idade, pode fazer parte dos órgãos legislativos municipais, segundo resolução tomada pelo Tribunal Superior Eleitoral.

37 — Outro aspecto sumamente interessante, na investigação técnica a propósito da ação, é o que diz respeito à posição da mulher casada e portadora do título eleitoral.

Sabemos que o sistema do Código Civil contém nítidas limitações ao *status* da mulher unida ao homem pelos vínculos matrimoniais.

Dentre essas limitações, figura a relativa a litígios no juízo cível ou comercial, ressalvadas as hipóteses previstas nos artigos 248 e 251 do referido Código.

Mas, hoje em dia, como muito bem diz a professora ROSAH RUSSOMANO DE MENDONÇA LIMA, da Faculdade de Direito de Pelotas, da Universidade do Rio Grande do Sul, “no cenário da história universal, já se perdem ao longe, com as tonalidades esmaecidas, pelo implacável perpassar das décadas, as opressões sem tréguas, exercidas sobre a mulher, sobre suas atividades e suas manifestações intelectuais.

“A mulher, pois, sob o ponto de vista político, rompeu o espesso véu das convenções, e igualou-se ao homem, refletindo, no cenário brasileiro, a situação que ocupa no hodierno cenário mundial.

“Já distam, pois, os tempos em que, não sendo considerada politicamente capaz, de ombros vergados sob o fardo exaustivo dessa incapacidade e dessa humilhação, era, não obstante, escolhida, preferencialmente, para exercer altas missões políticas, nos labirintos escusos e perigosos da espionagem. Essa posição

esdrúxula, que lhe era imposta pelas contingências, foi, pois, substituída pela razoável situação moderna, em que, de frente levantada e com atitudes desassombradas, a mulher se equipara ao homem, no legítimo exercício de seus direitos políticos” (*Revista Forense*, vol. 163, 1956, ps. 419 e 428, “A Mulher na Constituição Brasileira e o Sistema dos Países Americanos”, tese aprovada, por unanimidade, na VIII Conferência Inter-americana de Advogados — S. Paulo, março de 1954).

Efetivamente, não existe, no texto da Constituição, especialmente quanto ao direito eleitoral, qualquer distinção por motivo de sexo.

Como evidencia PONTES DE MIRANDA, “a Constituição de 1946 oferece, em comparação (com a de 1934), vantagem ética, que é a da isonomia perante a lei eleitoral: mulheres e homens foram tratados igualmente; e igualmente têm de ser tratados pelas leis ordinárias” (*Comentários à Constituição de 1946*, vol. III, p. 128).

A legislação eleitoral, consagrada desde logo, nas suas bases fundamentais, pela Lei Magna, adota, com efeito, o princípio já enunciado, segundo o qual são considerados eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos que se alistarem na forma da lei, sendo obrigatórios o alistamento e o voto para os cidadãos de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei (arts. 131 e 133).

O Código Eleitoral, de sua vez, regula o único caso em que as mulheres não se acham sujeitas ao alistamento e ao voto obrigatórios: quando não exerçam profissão lucrativa (art. 4.º, inciso I, letra *d*, da lei federal n.º 1.164, de julho de 1950).

Quer dizer que, em exercendo a mulher qualquer profissão lucrativa, submete-se ela, sem restrições, aos efeitos dos direitos e deveres do sufrágio, na estruturação política do Estado Brasileiro.

Quanto ao voto, são várias as sanções hoje previstas para aqueles eleitores, homens e mulheres que exerçam profissão lucrativa, que deixarem de cumprir, injustificadamente, êsse alto dever cívico, nos termos das disposições legais em vigor, algumas até de ordem penal.

O eleitor que deixar de votar sem causa justificada perante o juiz eleitoral, até 30 (trinta) dias após a realização da eleição, incorrerá na multa de Cr\$ 100,00 (cem cruzeiros) a Cr\$ 1.000,00 (um mil cruzeiros), imposta pelo juiz eleitoral e co-

brada mediante executivo fiscal. Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que se justificou devidamente, não poderá o eleitor: a) inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se nêle ou nela; b) receber o vencimento, remuneração ou salário do emprêgo ou função pública, ou os proventos da inatividade, correspondente ao segundo mês subsequente ao da eleição; c) participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou das respectivas autarquias; d) obter empréstimo nas Caixas Econômicas Federais ou Estaduais, nos Institutos e Caixas de Previdência Social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo Govêrno, ou de cuja administração êste participe; e) praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou do impôsto de renda. As sanções previstas sôbre emprêgo ou função pública aplicam-se também aos que forem exercidos em autarquias ou sociedades de economia mista (cf. art. 38 e seus §§ 1.º e 2.º da lei n.º 2.550, de 25/7/1955, que alterou dispositivos do Código Eleitoral e deu outras providências).

Ora, se assim ocorre em relação ao eleitor, afastadas as distinções por motivo de sexo, podendo a mulher, conseqüentemente, sofrer até a sanção penal estatuída em lei (cf. art. 175, n.º I, do Cód. Eleitoral), não vejo como se lhe possa negar o prolongamento de sua capacidade para o exercício, como cidadã, da *actio popularis* de que trata a Constituição. E isto sem a autorização do marido, a que se refere o art. 242, n.º VI, do Cód. Civil, combinado com o art. 82 do Cód. de Proc. Civil.

Para o alistamento da mulher casada, exerça ou não profissão lucrativa, não exige a Constituição a respectiva outorga marital. O Código Eleitoral, igualmente, nada exige a êsse respeito (cf. art. 33, § 1.º).

E seria ilógico, a nosso ver, reconhecer a verdade escrita na Constituição e que permite e mesmo ordena (para os casos de exercício de profissão lucrativa, segundo a complementação feita pelo Código Eleitoral) a interferência da mulher na direção ou composição dos órgãos integrativos do Estado, na sua dupla capacidade política (*ativa*, para poder eleger, e *passiva*, para poder ser eleita) e ao mesmo tempo negar-lhe a legitimidade *ad causam* de que cogita, amplamente e sem ressalvas, o preceito do § 38 do art. 141 da Constituição, ou fazê-la depen-

der de consentimento que se não coaduna com a natureza do direito político em referência.

A mulher, casada ou não, pode votar, livremente, em qualquer cidadão, inscrito candidato, na forma da lei, mediante voto secreto e direto; também livremente poderá, de igual, fiscalizar, pela ação popular, os atos daqueles que, em grande parte, forem investidos, nas funções ou cargos públicos, pela escolha feminina.

A aparente antinomia entre a Constituição e a codificação civil não poderá ter outra solução, devendo prevalecer, não há dúvida, o imperativo do direito público constante da Lei Básica e fonte da qual promanam as regras obrigatórias a serem atendidas e devidamente disciplinadas pelo direito privado.

Do exposto já se pode concluir que o Código Civil Brasileiro e o Código de Processo Civil, a exemplo do que sucede com os maiores de dezoito anos considerados alistáveis pela Constituição, não poderão ser invocados, com referência à *actio popularis* de natureza cívica, no ponto em que aludem à prévia autorização marital para que a mulher possa residir em juízo.

A participação ativa das mulheres, na vida política dos povos civilizados, constitui na atualidade ponto que não mais está a pedir grandes reivindicações, e é certo, como dissemos, que “na Constituição de 1946 nenhuma distinção se fez quanto ao sexo” (PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 130).

A capacidade política da grei nobre e generosa vem a ser, em última análise, uma resultante da adoção do princípio do sufrágio universal (Constituição, art. 134), consoante escreve o eminente professor PINTO FERREIRA, da Faculdade de Direito do Recife: “Um corolário lógico e imanente ao princípio do sufrágio universal é o sufrágio das mulheres, como o direito de participação na vida política do Estado, em prerrogativas semelhantes às do sexo masculino” ( *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, vol. 1.º, p. 389).

Na esfera internacional, de uns tempos a esta parte, a tese igualitária tem ganho extraordinário realce, graças aos esforços desenvolvidos, nas Américas, pela “Comissão Interamericana de Mulheres”, organismo oficialmente creado por ocasião da “VI Conferência Internacional Americana” realizada em Havana no ano de 1928 e que teve o seu “Estatuto Orgânico” estabelecido em Bogotá durante a realização, no período de 30

de março a 2 de maio de 1948, da “IX Conferência Internacional Americana”.

Foram tão significativos os labores despendidos por essa entidade feminina, em busca da efetividade dos seus ideais, que as VII, VIII e IX Conferências Internacionais Americanas, assim como a Conferência sobre Problemas de Guerra e da Paz, realizada no México em 1945, não regatearam seus aplausos à ação por ela encetada no sentido de grangear, para a mulher americana, um *status* civil, político e econômico compatível com a época moderna e livre de restrições aos seus lícitos direitos.

A própria O.N.U. reconheceu o trabalho da C.I.M., “ao convidá-la para agir na capacidade consultiva e informativa ante a Comissão do *Status* da Mulher daquela organização mundial” (cf. ata final da “IX Conferência Internacional Americana”, de Bogotá — *Revista Forense*, vol. CXXXVIII, p. 570).

Não se cingiu, porém, a simples homenagens e aplausos o reconhecimento dos conclave internacionais à plena capacidade civil e política das mulheres nas livres Américas.

Solenes convenções, nesse sentido, foram ajustadas pelos países participantes, as quais já começaram a produzir seus efeitos, quer na vida externa, quer na esfera interna das entidades soberanas que as subscreveram.

São dignas de nota, por exemplo, as convenções aprovadas na IX Conferência Internacional Americana (Bogotá) sobre “A Concessão dos Direitos Políticos à Mulher” e sobre “A Concessão dos Direitos Cívicos à Mulher”.

O Brasil delas participou, por seus representantes credenciados, juntamente com todos os países americanos.

Tais convenções constituem documentos da mais alta significação e já agora estão integrados à nossa estrutura e filosofia jurídica.

A tratativa concernente aos direitos políticos, em pé de igualdade com os do elemento masculino, foi, com efeito, aprovada pelo decreto legislativo n.º 32, de 20 de setembro de 1949 (D.O., da União, de 22|9|1949) e promulgada pelo decreto executivo n.º 28.011, de 19 de abril de 1950 (D.O. de 21|4|1950).

O ajuste pertinente aos direitos cívicos, de sua vez, foi aprovado pelo decreto legislativo n.º 74, de 19 de dezembro de 1951 (D.O., da União, de 8|2|1952) e promulgado pelo decreto governamental n.º 31.643, de 23 de outubro de 1952 (D.O. de 31|10|1952).

Êsses dois tratados já foram ratificados por vários países sinatários. O Brasil e as demais repúblicas amigas dão, dessa maneira, cabal cumprimento ao princípio proclamado no preâmbulo da Carta das Nações Unidas e reafirmatório de sua fé na igualdade dos direitos de homens e mulheres (“Nós, os povos das Nações Unidas, Resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vêzes, no espaço de nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, *na igualdade de direitos dos homens e mulheres...*” (feita na cidade de São Francisco a 26 de junho de 1945, aprovada pelo decreto-lei n.º 7.935, de 4 de setembro de 1945 (D.O. de 8/9/1945) e ratificada pelo Brasil em 12 de setembro de 1945).

É oportuno conhecer o texto principal da Convenção sobre a concessão dos direitos civis às mulheres, porque realmente esclarecedor.

O documento acentua, na verdade, que os Governos representados na IX Conferência Interamericana, depois de considerarem “que a maioria das Repúblicas Americanas, inspirada em elevados princípios de justiça, tem concedido os direitos civis às mulheres”, por isso “que tem sido uma inspiração da comunidade americana equiparar homens e mulheres no gozo e exercício dos direitos civis”, deliberaram ajustar, de conformidade, aliás, com a resolução XX da VIII Conferência Internacional Americana, que “*os Estados Americanos convém em outorgar à mulher os mesmos direitos civis de que goza o homem*” (art. 1). Assinaram, como representantes do Brasil: doutores JOÃO NEVES DA FONTOURA, então Ministro das Relações Exteriores; A. CAMILO DE OLIVEIRA; ELMANO GOMES CARDIM; ARTUR FERREIRA DOS SANTOS; GABRIEL DE R. PASSOS; JORGE FELIPE KAFURI e SALVADOR CESAR OBINO (vede *Revista dos Tribunais*, vol. 208, ps. 682 a 686).

A *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (aprovada em Paris a 10 de dezembro de 1948 no Palaix Chailot) no seu artigo XVI também proclama que os homens e as mulheres “*gosam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e dissolução*”.

E, para remate, quanto à plena equiparação dos direitos políticos da mulher aos dos homens, ainda no plano mundial,

há que salientar a *Convenção Internacional sobre os Direitos Políticos da Mulher*, concluída por ocasião da VII Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova York, assinada pelo Brasil a 20 de maio de 1953 e aprovada pelo decreto legislativo n.º 123, de 1955 (D.O., da União, de 1 de dezembro de 1955).

“As partes contratantes”, é o que reza o importante tratado, “desejando pôr em execução o princípio da igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, contido na Carta das Nações Unidas, e reconhecendo que *tôda pessoa tem o direito de tomar parte na direção dos assuntos públicos de seu país*, seja diretamente, seja por intermédio de representantes livremente escolhidos, ter acesso em condições de igualdade às funções públicas de seu país, *desejando conceder a homens e mulheres igualdade no gozo e exercício dos direitos políticos*, de conformidade com a Carta das Nações Unidas e com as disposições da Declaração Universal dos Direitos do Homem”, concluíram a referida Convenção com essa finalidade e na qual fixaram, dentre outras, as seguintes condições: a) — “as mulheres terão, em igualdade de condições com os homens, o direito de voto em tôdas as eleições, sem nenhuma restrição” (art. I); b) — “as mulheres serão, em condições de igualdade com os homens, elegíveis para todos os organismos públicos de eleição, constituídos em virtude da legislação nacional, sem nenhuma restrição” (art. II); e c) — “as mulheres terão, em condições de igualdade, o mesmo direito que os homens de ocupar todos os postos públicos e de exercer tôdas as funções públicas estabelecidas em virtude da legislação nacional” (art. III).

Revela assinalar que, nos preciosos termos do art. 66, n.º I, da Constituição Federal, é da *competência exclusiva* do Congresso Nacional “*resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebradas com os Estados estrangeiros pelo presidente da República*”, a quem cabe, é certo, firmar êsses ajustes, mas sempre *ad referendum* do Poder Legislativo, por suas duas casas de representantes do povo brasileiro, o Senado e a Câmara dos Deputados (cf. art. 87, n.º VII, combinado com o art. 37, da Constituição).

As referidas convenções, como vimos, não só foram aprovadas pelo Congresso Nacional, como ainda devidamente promulgadas pelo Presidente do Senado (Constituição, art. 71), constituindo, dessarte, leis perfeitas e acabadas, cujas disposi-



ções foram, também, regularmente publicadas no órgão oficial, para conhecimento de todos os indivíduos. Merece ser lembrada, neste passo, a preciosa lição de CHARLES ROUSSEAU, no sentido de que “o tratado é obrigatório em virtude da ratificação, *executório* em virtude da promulgação, *aplicável* em virtude da publicação” (*Principes généraux du Droit International Public*, vol. I, n.º 259, p. 403).

É inquestionável, portanto, que os referidos tratados, cujas disposições não colidem com as normas constitucionais, antes com elas se conciliam, possuem plena força jurídica, *erga omnes*, dentro do sistema do nosso direito interno.

A impecável doutrinação de CLOVIS BEVILAQUA, quanto à vigência do direito convencional, quer na esfera internacional, quer na vida doméstica do Estado contratante, mesmo em face das pessoas naturais ou jurídicas, esclarece perfeitamente a questão, *in verbis*: “Os tratados, sob o ponto de vista de sua obrigatoriedade, apresentam dois aspectos. Internamente, em relação aos indivíduos e às autoridades dos Estados contratantes, *são leis, que devem ser obedecidas, como as que emanam do poder legislativo em suas funções normais*. Externamente, em relação aos Estados contratantes, uns perante os outros, são obrigações, a que se submeteram, cuja execução está confiada à sua dignidade, são vínculos morais, que o direito protege, e cujo rompimento importaria evasão da comunhão jurídica universal” (*Direito Público Internacional*, vol. II, 2.ª ed., p. 24; os grifos não são do original).

HILDEBRANDO ACCIOLY, o príncipe dos nossos internacionalistas e cujo renome já ultrapassou os lindes nacionais, abona integralmente os conceitos do egrégio jurisconsulto, ao cuidar dos efeitos dos tratados também com referência aos indivíduos, criando-lhes direitos e obrigações (*Tratado de Direito Internacional Público*, ed. da Imprensa Nacional, Rio, 1946, tomo II, p. 418; e idêntica obra, em 2ª edição, Rio, 1956, vol. I, ps. 605-606). OSCAR TENÓRIO é expresso no ensinar que “os tratados e convenções diplomáticas não são simples atos administrativos e de execução, *sendo, realmente, leis*” (*Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2.ª ed. aumentada, Rio, 1955, p. 34). Não discorda o professor LUIZ P. F. FARO JUNIOR, que assim disserta: “Em princípio, a força obrigatória dos tratados diz respeito unicamente aos Estados e não aos indivíduos. A lei internacional, diz OPPENHEIM, é lei entre os

Estados sòmente e só a êles pode obrigar. Entretanto, os tratados podem conter cláusulas e estipulações relativas aos direitos e deveres dos cidadãos dos Estados contratantes. Neste caso, o Estado obrigado deve tomar as medidas necessárias, de acôrdo com sua constituição e leis, para que tais estipulações sejam respeitadas pelos indivíduos. *No sistema seguido pelo Brasil, em que os tratados são promulgados por decreto, tornam-se inteiramente obrigatórios, sob a forma da lei que os aprova.* Os Estados que usam sistema diferente devem dar os passos necessários para obter o mesmo fim” (*Direito Público Internacional*, 2.<sup>a</sup> ed. revista e aumentada, Rio, 1956, Haddad editores, p. 407; os grifos são nossos).

Os constitucionalistas, por sua vez, tecem comentários que não discrepam, no fundo, da orientação fixada por CLOVIS BEVILAQUA (PONTES DE MIRANDA, op. cit., vol. II, p. 67; e TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, op. cit., vol. II, p. 146).

O Poder Judiciário aplica os preceitos dos tratados aos casos debatidos nos pretórios, fato que também está a demonstrar, à saciedade, que se trata de norma legal plenamente configurada.

A Magna Carta Brasileira admite, expressamente, o uso do recurso extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal, “quando a decisão fôr contrária a dispositivo desta Constituição ou à *letra de tratado* ou lei federal” (art. 101, n.º III, letra a). A competência específica do Supremo abarca, ainda, o poder de julgar, em grau de recurso ordinário, as “causas decididas por juízes locais, *fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro*” (art. 101, n.º II, letra b).

Não há dúvida, portanto, que os ajustes internacionais firmados pelo Brasil, além de serem equiparados às leis federais para vigência em todo o território pátrio, são também imediatamente recepcionados pelo nosso sistema jurídico interno, desde que aprovados, *definitivamente*, pelo Congresso Nacional, na forma do art. 66, n.º I, da Constituição de 1946. Publicados regularmente por ato do Poder Executivo, passam a operar, daí por diante, na categoria de autênticas leis, não só entre os Estados sinatários, como em face dos indivíduos ligados às respectivas esferas jurisdicionais, para a fixação dos seus direitos e obrigações. Ressalvado, como é óbvio, o direito de *denúncia* por

parte de qualquer dos contratantes, segundo os estilos diplomáticos.

Interpretando o verdadeiro espírito da Constituição em vigor, o Supremo Tribunal Federal, em aresto da lavra do eminente ministro OROSIMBO NONATO, já o decidiu, aliás, que a infringência de um tratado solenemente convencionado autoriza a legitima o apêlo extremo (*Revista Forense*, vol. 150, p. 180, ac. unânime de 7/8/1952, no agravo n.º 15.691).

Há outros casos em que o nosso direito legislado faz expressa referência à obrigatoriedade ou vigência dos tratados no direito interno brasileiro, como, *verbi gratia*, os previstos nos arts. 4.º e 5.º, inciso II, letra *a*, do Código Penal (decreto-lei n.º 2.848, de 7/12/1940), art. 2.º do Código Brasileiro do Ar (dec.-lei n.º 483, de 8/6/1938), art. 1.º, n.º I, do Código de Processo Penal e art. 9.º do Código Penal Militar.

Ademais, a exigência da outorga uxória para que a mulher possa propor ações em juízo tem caráter patrimonial. A cautela visa, no regime de comunhão universal, a evitar o comprometimento dos bens do casal. E na ação popular, como ficou delineado, não está em jôgo o patrimônio privado ou particular do autor, mas, sim, o impulso processual para a defesa do patrimônio público.

No próprio sistema do Código Civil pode a mulher, em certos e determinados casos, requerer perante o Judiciário, litigando no juízo cível ou comercial (arts. 248 e 251) em prol dos legítimos interesses de economia doméstica, independentemente de autorização do marido. A sua posição no fôro trabalhista, por outro lado, quer em face do próprio Código Civil (art. 246), quer por fôrça do disposto na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 792), em exercendo profissão lucrativa, é concedida sem qualquer ressalva, competindo-lhe promover todos os atos necessários à preservação dos seus direitos sem assistência marital.

Podemos concluir, de vez que se trata de direito essencialmente político e elevado às culminâncias de verdadeiro exercício de ministério privado de função pública, que a mulher casada, na atualidade do nosso direito constituído, uma vez inscrita eleitora e no pleno uso e gozo de suas prerrogativas, está em condições de exercitar a ação popular de natureza civil, independentemente de autorização do marido, maximé quando exerça profissão lucrativa e contribua, dêsse modo, para a estabili-

dade econômica do lar conjugal. Ela foi juridicamente equiparada ao homem para êsse fim. E essa equiparação, corolário de sua capacidade política ativa, não investe, a nosso ver, contra os basilares fundamentos da instituição da família. Tudo será, em última análise, uma questão de conveniente educação cívica e cristã da mulher-mãe, que, sem ser desviada dos seus nobilíssimos misteres no seio do grupo natural por excelência, autêntico baluarte da sociedade e do próprio Estado, poderá contribuir, decidida e nobremente, para a defesa da coisa pública com aquele desvêlo que a caracteriza, agindo, dessarte, por via indireta, em benefício da segurança e do bem-estar da própria família.

A opinião de NELSON CARNEIRO não se afasta dessa orientação, relegando, porém, o assunto para o âmbito da legislação complementar (op. cit., p. 38), legislação que, todavia, conforme já tivemos oportunidade de assinalar em palestra realizada na cidade de Fortaleza, durante o I Congresso do Ministério Público do Ceará, no ano de 1953, não se mostra absolutamente imprescindível, não só em vista da inequívoca determinação constitucional, como ainda por força dos preceitos normativos convencionados no âmbito internacional.

De todo o exposto resulta uma verdade indiscutível: a matéria correspondente à equiparação jurídica da capacidade da mulher à do homem, no que concerne, principalmente, à estruturação política dos órgãos do Estado, com a conseqüente prerrogativa fiscalizadora, a ser exercida, indistintamente, por homens e mulheres, só resta ser incorporada à nossa codificação, porque, a rigor, já se acha normatizada em lei, para todos os fins e efeitos de direito. *Pacta sunt servanda*.

E não se objete que o Código Civil, lei ordinária existente, isso não permite, porquanto consagra a exigibilidade da outorga marital para que a mulher possa propor ação em juízo, ressaltados os casos já indicados.

O Código Civil, nessa parte, porque conflitante com a força jurídica dos tratados regular e constitucionalmente firmados pelo Brasil, está revogado ou sem eficácia, pois que, segundo assevera o professor OSCAR TENÓRIO, “o tratado revoga tácitamente a lei, que esteja em contradição com êle” (op. cit., p. 86). Por força de aplicação da regra de revogação tácita consubstanciada no art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil: a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare,

*quando seja com ela incompatível* ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (decreto-lei n.º 4.657, de 4/9/1942). E já houve decisão do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “*o tratado revoga as leis que lhe são anteriores; não pode, entretanto, ser revogado pelas posteriores, se estas não o fizeram expressamente ou se não o denunciarem*” (ac. proferido na apelação-cível n. 9.587, relator o ministro LA-FAYETTE DE ANDRADA, in “Rev. de Dir. Administrativo”, vol. 34, p. 106). HILDEBRANDO ACCIOLY mais uma vez esclarece que “*os tratados revogam as leis anteriores, mas as posteriores não prevalecem sobre êles, porque teriam de o respeitar*” (*Tratado de Direito Internacional*, vol. I, § 30). É, pois, fora de dúvida que a força jurídica dos tratados opera, desde logo, no direito interno brasileiro, devendo, conseqüentemente, as suas disposições ser observadas não só pelas autoridades como pelos indivíduos por elas atingidos. Desta opinião também participa o ilustre jurista CARLOS MEDEIROS SILVA (*Pareceres do Consultor Geral da República*, vol. I, 1951, p. 35), abroquelado na lição de CLOVIS e na regra constitucional que diz que, nos casos da competência exclusiva do Congresso Nacional, regulados pelo art. 66, considerar-se-á com a “*votação final encerrada a elaboração da lei*” (Constituição, art. 71). Aliás, é da nossa tradição republicana, inaugurada pela lei n.º 23, de outubro de 1891, art. 9.º, § 3.º, que os ajustes, convenções e tratados celebrados pelo presidente da República sejam submetidos à ratificação do Congresso mediante *projeto de lei formulado pelo Poder Executivo*.

Razão de sobra milita, portanto, em favor do projeto existente no Senado da República e destinado a reajustar ou harmonizar os índices de capacidade ou aptidão do Código Civil às novas e estuantes realidades político-sociais de que se acham imbuídas as nossas atuais leis, que não ficaram imunes, como assevera PONTES DE MIRANDA, às influências daquela “*onda de simetrização entre os sexos, irresistível como todos os fatos de física social*” (op. cit., p. 125, § 7).

De todo em todo conveniente, contudo, inscreva a lei regulamentadora do preceito constitucional regra expressa a respeito, a fim de que sejam definitivamente afastadas quaisquer dúvidas que possam assaltar o espírito de exegetas voltados anacrônicamente ao velho e superado sistema de nossa legislação civil.

## CAPÍTULO XII

**38 - A legitimidade para a ação popular não prescinde da outorga de mandato escrito a advogado legalmente habilitado.**

38 — Quanto ao remédio heróico do *habeas-corpus*, é da nossa tradição liberal que qualquer pessoa (brasileiro ou estrangeiro) poderá requerê-lo, pessoalmente, em defesa de sua própria liberdade de ir, vir e ficar ou na de outrem, para fazer cessar, *in continentí*, qualquer ilegalidade ou manifestação de abuso de poder, quer em caráter liberatório, quer como medida preventiva.

A lei processual penal isso mesmo reza, fazendo côm com os ensinamentos de todos os tratadistas sôbre a matéria: o *habeas-corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público (art. 654, do C. P. P.). Independe, portanto, da outorga ou apresentação de qualquer mandato.

É que urge resguardar, através de métodos os mais expeditos e fáceis e por todos os meios ao alcance da dinâmica jurídica, êsse supremo bem do homem, que é a sua *liberdade*, “igual ao da própria *vida*, senão superior a êle”, segundo a lição de BENTO DE FARIA com base no excelso RUY BARBOSA (*Código de Processo Penal*, ed. Livraria Jacinto, vol. II, p. 238), *liberdade* que é definida por LASKI “como a afirmação por um indivíduo ou grupo de sua própria essência” (*Liberty*, 1935, IV, p. 471), dentro dos justos limites morais e de justiça social.

Explica-se e compreende-se, daí, o especial carinho com que a organização liberal e jurídica dos Estados de Direito zela pelo aperfeiçoamento cada vez mais intenso do *habeas-corpus*, universalmente consagrado como a garantia mais eficaz da liberdade de locomoção, típica *actio popularis* contra a violência ou coação e “paládio do *status libertatis*” inerente à personalidade do homem, como ao nobilíssimo instituto se refere LUÍZ EULALIO DE BUENO VIDIGAL (*Do Mandado de Segurança*, São Paulo, 1953, p. 67).

Já em relação ao mandado de segurança, terapêutica legal, entre nós, da mesma gênese que o *habeas-corpus* e endereçada à defesa de direitos individuais certos e líquidos não ampará-

veis pelo remédio de proteção da liberdade física, sempre que tais direitos estejam ameaçados ou violados por atos ilegais ou abusivos de quaisquer autoridades (Constituição, art. 141, § 24, e Lei federal n.º 1.533, de 31|12|1951), a capacidade postulatória assume feições diversas.

A doutrina e a jurisprudência assentaram que o *writ* somente poderá ser posto em juízo por meio de petição assinada por advogado legalmente habilitado, na forma do disposto pelo artigo 106 do Estatuto de Processo Civil em vigor.

A lei federal n.º 191, de 1936, que regulamentou, pela vez primeira, o instituto entre nós, tendo em vista o preceito da Carta de 1934, já dispunha, no seu art. 6.º, que só o titular de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado, é que poderia requerer o mandado, mas por intermédio de pessoa *habilitada na forma do dec. n.º 20.784, de 14 de novembro de 1931*, com as modificações ulteriores (Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil).

Tal preceito fôra incluído, na lei, à vista de representação formulada pelo professor LEVÍ CARNEIRO, então presidente da Ordem dos Advogados. Pretendia-se, com o primeiro projeto apresentado à Comissão de Constituição e Justiça, da Câmara dos Deputados, fôsse “o pedido *feito pela própria parte* ou por procurador habilitado”, conforme relata o emérito CASTRO NUNES, mas a “Comissão acolheu a representação no sentido de não ser alterada a norma salutar e tradicional de serem as petições de mandados de segurança assinadas por advogados, como já tem sido decidido pelos tribunais” (*Do Mandado de Segurança*, 2.ª ed., atualizada, p. 302).

Ao tempo da vigência dos arts. 319 *usque* 331, do diploma adjetivo nacional, era adotada, em tôda a sua plenitude, a regra do art. 106, que exige, em verdade, seja o ingresso das partes em juízo solenizado mediante a “outorga de mandato escrito a advogado legalmente habilitado”. O Tribunal de Justiça do Estado, confirmando parecer de nossa autoria, assim decidia (*O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*, de ALEXANDRE DE PAULA, ano de 1950, ps. 144-145).

O art. 321, é certo, não fazia remissão expressa à exigência, mas é óbvio que o preceito cuidava apenas dos requisitos formais da inicial, sem prejuízo do princípio geral.

Atualmente, no sistema da lei n.º 1.533, de 1951, alterado que foi, expressamente, aquele procedimento especial, manteve-

-se tranqüila a orientação balizada pela lei n.º 191, no tocante à necessidade de serem assinadas, por advogado legalmente habilitado, como autênticas causas cíveis de rito sumaríssimo, as petições de mandado de segurança, segundo a mencionada regra do art. 106 do C.P.C..

A ação popular, igualmente, sòmente poderá ser ajuizada por advogado legalmente habilitado e inscrito na respectiva corporação de classe.

Nesse sentido estão, mesmo, delineados os planos legislativos, ora em curso no Congresso, para regulamentação do preceito constitucional. Quer o projeto n.º 2.466/52, originário do Senado (art. 4.º), quer o substitutivo que se lhe seguiu na Câmara (art. 30), ambos estabelecem que na ação popular, de que trata o art. 141, § 38, da Constituição, aplicar-se-á subsidiariamente o Código de Processo Civil. Êste é expresso, como vimos, no exigir a presença técnica do profissional do direito em qualquer procedimento judicial (cit. art. 106). E nem poderia ser de outra forma.

A análise dos atos administrativos exige conhecimentos técnico-jurídicos, que, na maioria das vèzes, não estão ao alcance da compreensão dos homens do povo, geralmente gente simples e destituída de percepção para as subtilezas legais ou regulamentares, que a estas estão afeitos tão só os doutos e perspicazes.

A presença do advogado, assim, não só para orientar a causa, como para situá-la em termos compatíveis com a formalística forense, representa uma ponderável garantia a militar em favor da própria defesa do patrimônio público e da fundamentação legal das arremetidas contra os atos administrativos.

Útil e necessária, como se vê, a interferência preliminar do causídico.

O eminente jurista FRANCISCO CAMPOS, comentando a norma geral inscrita no precitado art. 106 do Código de Processo Civil, esclarece que “a parte, apesar de processualmente capaz ou de investida da capacidade processual, não tem capacidade postulatória. O procurador é que dá forma aos atos processuais ou que exerce, efetivamente, em nome da parte, as faculdades de postular, seja no início da causa, seja nas fases subseqüentes. A lei demite a parte de qualquer intervenção no processo, a não ser quando especialmente convocada para um ato em que, por sua natureza, ela não pode ser substituída pelo pro-



curador, como é o caso de depoimento pessoal” (*Revista Forense*, vol. 165, p. 61). No mesmo sentido doutrinam os processualistas, apreciando e louvando o sistema postulatório consagrado pela legislação pátria (cf. PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, vol. 1, ps. 320 a 325; CARVALHO SANTOS, *Cód. de Proc. Civil Interpretado*, vol. II, ps. 89 e segs.; PLÁCIDO E SILVA, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, 4.<sup>a</sup> ed., vol. I, ps. 254 e segs.; PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, vol. 1, ps. 394 e segs.; e GABRIEL DE REZENDE FILHO, *Direito Processual Civil*, 1.<sup>o</sup> vol., ps. 261 e segs.).

Nestas condições, nada obstante o Supremo Estatuto determinar que *qualquer cidadão* será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista, deve a ação popular ser proposta por advogado legalmente habilitado, na forma do Cód. de Proc. Civil e disposições legais vigentes em relação à Ordem dos Advogados do Brasil, em todo o país.

A propósito, convém lembrar que já se encontra percorrendo a sua tramitação regimental na Câmara dos Deputados o excelente anteprojeto para a adoção do “Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil”, da lavra de uma ilustre comissão, da qual fêz parte o professor NEHEMIAS GUEIROS, atual presidente do Conselho Federal dos Advogados Brasileiros, e que se destina a substituir, em boa hora, o Regulamento em vigor.

Esse diploma legislativo, estudado, revisto e integralmente composto pelos membros da nobre classe, foi submetido à apreciação do Congresso Nacional através de mensagem assinada pelo presidente da República em 18/8/1956, e tomou na Câmara o n.º 1.751/56.

Não há confundir, portanto, o processo todo especial e urgentíssimo do *habeas-corpus*, em que, na maior parte dos casos, o paciente se encontra prêso e impossibilitado de providenciar a lavratura de um mandato, com o da ação popular de natureza civil, destinada ao acautelamento do patrimônio público.

A capacidade de requerer em juízo ou *jus postulandi* — como muito bem diz GABRIEL DE REZENDE FILHO, apoiado no grande CHIOVENDA — é “um pressuposto da relação processual: é uma capacidade de caráter meramente formal” (op. cit., 1.<sup>o</sup> vol., p. 261).

A capacidade legal, no tocante à ação popular, vem outorgada no preceito constitucional, que é a fonte de direito material (art. 141, § 38).

Cabe à lei ordinária, no entretanto, regulamentar o preceito da Constituição, a fim de definir a correspondente capacidade processual (*legitimatio ad processum*). E a regulamentação tradicionalmente assente em nosso direito legislado, afora a hipótese especialíssima do *habeas-corpus*, exige a outorga de mandato, na devida forma, a advogado legalmente habilitado e regularmente inscrito na Ordem (cf. ainda o art. 1.324 do Cód. Civil).

A regra enunciada, precatadora das legítimas prerrogativas dos profissionais do fôro, não encerra, porém, caráter absoluto ou intransponível. Comporta exceções, que se justificam por si mesmas, como as previstas no § 1.º do art. 106 do estatuto de processo civil em vigor: será facultada às partes a defesa dos seus direitos, quando tiverem habilitação legal, ou no caso de falta de advogado no lugar, ou recusa ou impedimento dos que houver. O Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil, de sua vez, contém preceituação no mesmo sentido. E o projeto, ora em estudos, na Câmara dos Deputados, para a feitura do “Estatuto dos Advogados”, e que irá regular o exercício da profissão em toda a República, não deixa de acolher essas exceções à regra geral, em atenção, principalmente, às comarcas situadas em zonas distanciadas das metrópoles, no vasto interior do país, e de ordinário carecedoras de patronos legalmente habilitados.



## CAPÍTULO XIII

### **39 - Da incompatibilidade da desistência e da transação com a ação popular. 40 - Relevante missão ao Ministério Público.**

39 — Já dissemos, certa feita, modestamente, que o interesse cívico é a *mola propulsora* da ação popular.

O cidadão, por isso mesmo, pleiteia não em seu próprio interesse, mas no da coletividade.

O indivíduo age, assim, *uti civis* e na qualidade de membro da coletividade, postulando direta, imediatamente, a salvaguarda do *interêsse geral*, e só mediata, indiretamente, o seu interêsse individual, como participe da coletividade.

É claro, como assegura SEABRA FAGUNDES, que “o cidadão terá um interêsse a fazer valer no sentido da moralidade administrativa, que a todos diz respeito, mas não um direito substancial próprio” (cf. ALVAREZ GENDIM, “Derecho Administrativo”, 1954, ps. 632-633 — *Revista Forense*, vol. 164, p. 17).

É que a prerrogativa compete ao “cidadão pertencente a determinada coletividade para fazer atuar direitos que dizem respeito não a êle, mas ao ente público”. O cidadão, quando a exercita, o faz “em nome próprio, mas fazendo valer direitos alheios, referentes à coletividade”, segundo ainda esclarece SEABRA FAGUNDES, com esteio na lição de CINO VITTA (*Diritto Amministrativo*, 1950, vol. I, p. 197).

Esse caráter *sui generis* da ação popular, influindo decisivamente na posição que seu autor assume perante o Poder Judiciário, é salientado por RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELASCO, professor da Universidade de Murcia, e que escreveu notável monografia sobre *La Acción Popular en el Derecho Administrativo*, constante da biblioteca da “Revista General de Legislación y Jurisprudência”, volume XX, Madrid, editorial Reus S/A..

O mestre espanhol, depois de registrar a opinião de PRESUTTI (*Scienza dell'amministrazione*, § 178, p. 285), no sentido de que “la más completa de las maneras de interesar a los ciudadanos en la marcha de Administración, controlándola, es la acción popular”, acentua que “No pudiéndose determinar *a priori* quién puede tener interés en ejercitar una intervención necesaria, el legislador concede el derecho de acción *cuique populo*” (op. cit., p. 74).

Ocorre na *actio popularis*, conseqüentemente, a figura da *substituição processual*, pois que, conforme ainda assinala FERNÁNDEZ DE VELASCO, mencionando os conceitos de SANTI ROMANO, TRENTIN e GASCÓN Y MARIN, “ejercitando tal acción, el ciudadano no defiende derechos propios personales, pero ejercita un derecho suyo, en cuando integrante de una asociación política. Aunque sin el carácter de funcionario de la misma, en el sentido preciso de la frase, puesto que no la

representa, obra en su propio nombre. No la representa, pero la sustituye. . .” (op. cit., p. 74 e nota n.º 2).

A figura da *substituição processual* é também proclamada pelos tratadistas italianos. É o que nos assevera o já citado jurista e magistrado VEZIO CRISAFULLI, no seu substancioso estudo sobre a ação popular. Sob o ponto de vista estritamente processual, ela constitui, portanto, um dos casos de substituição processual, “a título de experimentação jurídica dêsse instituto amplamente estudado, primeiramente, na Itália, por CHIOVENDA (*Principi di diritto processuale civile*, § 36)”. Eis os seus conceitos, no original: “Che l’azione popolare — almeno quella suppletiva — costituisca un caso di sostituzione processuale è affermato tra gli altri dallo ZANOBINI, op. cit.; dal CHIOVENDA, Principi, pag. 596; dall CARNELUTTI, Lezione di diritto processuale civile, 1933, vol. II, pag. 215 e segg” (*Nuovo Digesto Italiano*, a cura di MARIANO D’AMELIO, Torino, 1937, vol. II, p. 139, cf. verbete “Azione Popolare”).

PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO adota idêntica concepção. Afirma, por isso, que a faculdade inscrita no § 38 do art. 141 da Constituição tem a nítida feição “de substituição processual, e não apenas de representação”, em face do caráter eminentemente *corretivo* da nossa ação popular constitucional, que pressupõe um ato administrativo já consumado contrariamente ao interesse público (*Revista Forense*, vol. 157, p. 31).

É patente que o cidadão, *substituto* da autoridade transgressora (ação popular *corretiva*), ou *representante* da que se mostrar omissa ou negligente (ação popular *supletiva*), defende o interesse geral, e não o seu próprio, incorporado ao seu patrimônio individual e exclusivo.

Mas, de qualquer maneira, a lesão que se busca reparar, desde que praticada contra o interesse público, significa, por via oblíqua, como já tivemos oportunidade de escrever, uma lesão contra o interesse individual. Pois que o patrimônio estatal é sagrado e de todos, contribuindo cada cidadão com a sua parcela de ajuda para a formação dêle, quando satisfaz aos seus encargos fiscais. E a pecúnia pública, integrante, não há negar, do patrimônio do Estado, deve ter, única e exclusivamente, uma imutável finalidade: a de ser aplicada, com dignidade e presteza, em benefício dos superiores interesses gerais (ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., ps. 56-57). É com satisfação que registro, neste ensêjo, a lição ministrada por BIELSA

e que veio enriquecer e prestigiar o nosso modesto ponto de vista, referentemente à integração dos tributos no conceito de patrimônio público, para os efeitos do exercitamento da franquia democrática: “O conceito de patrimônio do Estado deve ser tomado, nesse caso da ação popular, não apenas como sendo aquilo que pròpriamente pertence à entidade pública, Nação, província ou comuna, na qualidade de pessoa jurídica privada, mas, também e com maior razão, no que se refere ao erário ou fisco, que se forma com as contribuições fiscais: e dizemos com maior razão porque essas contribuições se formam com tributos derivados do patrimônio de cada um dos contribuintes e, em tal caso, a *ação popular* se justifica ainda mais do que no caso do patrimônio da pessoa jurídica” (*Revista Forense*, vol. 157, nota n.º 1, p. 34).

A atividade do autor, na ação popular, emoldura aquele exercício privado de funções públicas, a que se reportam os tratadistas (ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo* dell'ORLANDO, vol. II; GASCÓN Y MARÍN, *Derecho Administrativo*, 1935, vol. I, ps. 371-372; e D'ALESSIO, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 1949, vol. I, p. 322).

Ora, se assim é justificada e legitimada, doutrinariamente, a posição do autor na *actio popularis*, parece-nos irrecusável, por via de consequência lógica, que o cidadão não deva possuir a disponibilidade do seu objeto ou conteúdo, que se não confunde, conforme já demonstramos, com o seu direito particular e individualizado na sua pessoa.

A indisponibilidade é um dos traços característicos da ação pública, quer no âmbito repressivo do Estado, quer na esfera da perquirição das relações de ordem civil atinentes à defesa da comunidade.

É que a ação, quando concedida por motivos de ordem pública, tem por finalidade a reparação do dano causado a todo corpo social, interessando, portanto, não sòmente ao cidadão que a impulsiona, mas, sim, ao organismo todo inteiro da sociedade, afetado pela prática do ato lesivo que se procura reparar.

Daí resulta, coerentemente, que o autor da ação popular não pode nem desistir, nem transigir, quer antes, quer depois da abertura da lide pela contestação.

Os institutos da desistência e da transação são tipicamente da esfera do direito privado. Não se coadunam, portanto, com

a natureza da ação prevista pelo art. 141, § 38, da Constituição, que é essencialmente pública, seja nos seus fins, seja no seu objeto.

O eminente SEABRA FAGUNDES escreveu, nesse sentido, oportuniíssimos conceitos: “Além dessa consequência principal, outra, também relevante, aparece relacionada com a posição do autor nessas ações. A impossibilidade de desistir da ação, ou da instância (Cód. de Proc. Civil, arts. 181 e 206), esteja ou não contestada a lide, haja ou não aquiescência do réu, sem a invocação de motivo procedente, a critério do juiz. Influi, ainda aqui, a natureza da ação popular, que, instituída para defesa impessoal, pelos cidadãos, do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público e das sociedades de economia mista, não pode ficar à mercê do recuo suspeitável daquele que a propõe. Tolerar a desistência pura e simples (antes da contestação), ou por acôrdo com o réu ou com os réus (após a contestação), muito provavelmente interessados na manutenção do ato, será, tanto como no caso do pedido discriminatório, deixar ao indivíduo transigir com um direito que não é seu. E a desistência — pelo menos em se tratando do pedido em si e não apenas da instância — supõe “a capacidade de dispor do direito litigioso” (PEDRO BATISTA MARTINS, *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, 1.<sup>a</sup> ed., vol. II, p. 377), de que carece o autor popular” (*Revista Forense*, vol. cit., p. 18).

Quanto à transação, ela se caracteriza, como é sabido, pela recíproca transigência dos interessados. É lícito a êstes prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas (Código Civil, art. 1.025). Mas só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação, nos precisos termos do art. 1.035 do mesmo Código, e na ação popular não há, propriamente, impulso processual destinado a resguardar direitos privados.

Não só o autor como o réu (assentada a posição da entidade pública nessa categoria) não podem, em suma, dispôr daquilo que, a rigor, não lhes pertence. Juridicamente irrelevante, portanto, a vontade dos interessados no bôjo da ação popular, para êsses fins nitidamente privatísticos. Inaplicável, de consequência, à ação do povo a preceituação da legislação civil (inclusive o art. 206 do C.P.C.) pertinente à transação.

Inaceitável, conseqüentemente, a maneira por que foi dis-

posta a matéria nos projetos de lei em trânsito no Congresso Nacional, no que se relaciona com a desistência da ação popular.

O art. 10, se bem que ressalve o prosseguimento da ação por intermédio de outro cidadão que preencha as condições de legitimidade e se habilite dentro em seis meses, permite a desistência, com as cautelas recomendadas pelos seus §§ 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º (projeto n.º 2.466/52).

Mas o juiz deverá homologar a desistência — incompatível com a natureza da ação, como já vimos — “sòmente no que entender com o *interêsse do desistente*, que será substituído imediatamente pelo novo autor” (§ 4 do cit. art. 10).

Sôbre ser uma medida quase que anódina, essa previsão legislativa entra ainda em conflito com a verdadeira natureza jurídica da ação popular, em que se não cuida de interêsse direto ou isolado do autor, mas, sim, do interêsse da comunidade. O que ao autor cabe, exclusivamente, é a capacidade legal para a propositura da ação, na qualidade de autêntico substituto da autoridade que praticou o ato incriminado, assumindo os respectivos movimentos processuais na defesa do patrimônio público, “acima de considerações e restrições pessoais suas, enfim, como parte da coletividade política (cidadão) e não como indivíduo” (SEABRA FAGUNDES, rev. cit., p. 18, e NELSON CARNEIRO, op. cit.).

No mesmo ponto, passível de crítica, incide o substitutivo oferecido ao projeto emanado da Câmara Alta, dispondo, no seu art. 18, sôbre a permissibilidade da desistência, ainda que sob aquela válvula de *prosseguimento facultativo* por parte do Ministério Público ou de outro cidadão.

O Congresso, a nosso ver, não deve aceitar, quanto ao particular, qualquer dos planos legislativos. Preferível, sem dúvida, ao invés dessas desistências juridicamente irrelevantes e incompatíveis com a natureza da ação popular, a adoção de preceito expresso impossibilitando a argüida desistência ou cessação da instância. NELSON CARNEIRO combate qualquer forma transaccional, dizendo peremptòriamente que, “Como substituto processual, o autor não pode transaccionar sôbre a relação substancial, que não é sua, mas do substituído. Quaisquer entendimentos, acôrdos ou compromissos, entre as partes, antes ou depois de ajuizada a inicial, são *nulos de pleno direito*. “É que semelhantes atividades — adverte CHIOVENDA — não

as poderia exercer o substituto; a atividade dêle é, pois, circunscrita por sua própria condição” (op. cit., p. 48).

O desinterêsse ou alguma outra manifestação amortecedora com que o autor se apresente, porventura, na ação popular, devem ter tratamento mais adequado e positivo por parte do legislador, cujo édito normativo não deve possibilitar, nem de leve, campo propício a quaisquer composições suspeitas ou interesseiras, de todo inconciliáveis com os alevantados propósitos do constituinte nacional.

40 — Ninguém contesta que compete ao Ministério Público velar pela defesa do interêsse social e coletivo.

Essa verdade é posta em relêvo por quantos se tenham dedicado ao estudo das prerrogativas e da competência dos membros da nobre e valorosa instituição, seguindo a sua constante evolução no tempo.

É oportuno, portanto, exaltar aqui a alta finalidade política e jurídica dos advogados da lei e fiscais de sua execução.

Basta relembrar que o Ministério Público constitui, hoje em dia, entre nós, verdadeiro órgão do Estado, tendo merecido tratamento especial no contexto da Constituição, que lhe dedicou um título próprio (arts. 125 a 128).

O constituinte nacional, dessarte, fêz justiça a um organismo que se exalta e caracteriza, sempre, por uma atividade impessoal, em nome dos interêsses da boa organização do moderno Estado de Direito.

Nobilíssima e ampla a atividade assistencial e promovente da instituição, quer no setor processual da justiça repressiva do Estado, que constitui, no dizer de CARNELUTTI, “o reino do Ministério Público”, por ser sempre um processo de ação pública (Sistema, 1, p. 388), quer no campo das relações civis, em que dia a dia aumenta o raio de interferência da instituição, como fruto da evolução social. RIPPERT, no seu “O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno”, magnificamente expõe a alta missão social e política do Ministério Público, como órgão dinâmico, atuante e cuja atividade tutelar se orienta no sentido da defesa dos interêsses gerais, atividade a que se reportam todos os tratadistas e destinada à preservação dos legítimos anseios dos incapazes, dos acidentados, dos operários perante a justiça do trabalho, exercendo seu encargo em favor



dos que estejam incapacitados para, pessoalmente, promover sua defesa em juízo. Fiscaliza ainda o casamento, os registos públicos, as heranças jacentes, as disposições de última vontade; acautela os bens de ausentes, pródigos e interditos; resguarda as disposições de ordem pública, relativas à tutela e à curatela; promove a fiscalização das fundações e das sociedades em geral, para que não venham a praticar atividades ilícitas ou antisociais; executa as disposições sobre a dívida ativa da Fazenda Pública (União e Estados), promovendo-lhe a sua cobrança; exercita seu ofício nas emancipações, e nas hipotecas legais em favor dos incapazes; e merece realce todo especial a poderosa atribuição que a própria Constituição concede ao Ministério Público Federal, na pessoa de seu Chefe, o Procurador Geral da República, para a fiscalização da constitucionalidade da lei (art. 8.º, par. único) nos casos do art. 7.º. Imensa, como se vê, a interferência da instituição, que é o órgão específico da movimentação da ação pública. Pode-se, em suma, dizer do Ministério Público, segundo o desembargador HEROTIDES DA SILVA LIMA, que ele “acompanha o homem desde antes do seu nascimento, vigiando pelos interesses do nascituro, até depois de morto, velando pela vontade do testador” (*in* “Revista da Faculdade de Direito”, da Universidade do Paraná, dezembro de 1954, p. 298). Onde quer que esteja em jogo um interesse público, seja na ordem penal, seja no círculo das relações civis, aí estará a funcionar a instituição de modo dinâmico e ativo, não como simples agente do Poder Executivo, mas como autêntico órgão do Estado. O ministro ALFREDO VALADÃO, em seu estudo intitulado “O Ministério Público no Tribunal de Contas”, situa com mão jurisperita a função e a posição da nobre falange. “O Ministério público atual” — esclarece o saudoso escritor — é positivamente bem diverso do existente no Império. Já não fala em nome do rei, já em nome do rei não age. Representa a sociedade, defende a lei, promove a justiça. É uma magistratura especial, autônoma, com funções próprias”. E, quanto ao seu enquadramento nos poderes do Estado, salienta que “o ministério público participa da natureza de um e de outro poder (judiciário e executivo), mas positivamente não é delegado, nem subordinado de nenhum deles. Não recebe ordens do Governo, não presta obediência aos juízes. Age com autonomia em nome da sociedade, da lei e da justiça” (op. cit.).

Justifica-se, portanto o cuidado com que as modernas legis-

lações tratam de resguardar a independência dos representantes do Ministério Público, essencial ao bom desempenho das funções.

A estruturação da carreira, com ingresso no cargo inicial, mediante concurso; o regime de promoções pelos critérios alternados de merecimento e antiguidade; a estabilidade e a irremovibilidade; a disciplina nas funções pelos órgãos de controle superior e integrados por membros da própria instituição; e a escolha da chefia entre os integrantes da carreira, constituem, na atualidade da legislação brasileira, aspectos de uma fase marcante da vigorosa importância que a instituição ganhou nos quadros de nossas criações jurídico-administrativas.

Em São Paulo, por exemplo, recente lei determinou que o Procurador Geral da Justiça, na qualidade de chefe do M. P., seja escolhido dentre uma lista tríplice organizada por eleição dos próprios membros da classe. E já se nota, em quase todos os Estados da Federação, um acentuado trabalho no sentido de ser adotado o mesmo critério para o preenchimento do cargo dirigente da instituição, fato que, uma vez colimado o seu objetivo, dará ao Ministério Público o traço exponencial de uma completa independência da instituição, quer em face do Poder Executivo, quer em face dos demais poderes do Estado.

Vale ressaltar que o I Congresso Interamericano do Ministério Público, realizado em São Paulo, no ano de 1954, considerou e proclamou, como proposição geral, que *a autonomia e a independência do M. P., quando aja como representante da sociedade, constituem uma aspiração dos povos livres, em defesa da legalidade, e são uma garantia democrática para o cidadão*. Dessa afirmação, decorrente da unanimidade de representantes da instituição em todas as Américas, com a participação ainda do Procurador Geral da Espanha, o eminente processualista Dr. MANUEL DE LA PLAZA NAVARRO, resultaram aprovados, também por votação unânime, naquele importante conclave internacional, os seguintes corolários sobre a organização do Ministério Público: *a) o Ministério Público deve ser inserido nas Constituições como órgão do Estado; b) o Ministério Público deve ser organizado em carreira, mediante concurso de ingresso de provas e títulos, assegurando-se aos seus membros garantias de magistratura; c) as funções específicas do Ministério Público são diversas das de advogado do Estado, razão pela qual devem ser exercidas por órgãos distintos; d) a escolha dos órgãos de direção dos Ministérios Públicos deverá ser feita pe-*

los próprios órgãos da instituição; e) devem ser conferidas ao Ministério Público faculdades bastantes para agir, mesmo de ofício, como defensor da Constituição e, especialmente, dos princípios que garantam a liberdade e demais direitos humanos, quando existam violações imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que afetem pessoas físicas ou jurídicas; f) ao Ministério Público devem ser assegurados poderes constitucionais e necessários ao desempenho eficaz de suas atribuições específicas; e, finalmente, g) a polícia judiciária deve ser subordinada ao Ministério Público, que é o órgão competente para promover a prova perante o Poder Judiciário (*ut* conclusões, sintetizando a matéria aprovada, *in* ANAIS, 1.º vol., p. 564).

Suficiente é o nome, em resumo, para a compreensão completa da alta e meritória finalidade social e política da instituição: *Ministério Público*, o que quer dizer atividade em favor do povo, trabalho em defesa da coletividade, atuação impessoal e destemerosa de resguardo de tudo quanto se relacionar com o interesse da sociedade, da ordem, da segurança pública, da defesa da lei e da sua fiel execução. Merece ser conhecida a lição de CESAR SALGADO, o grande idealista do Ministério Público brasileiro, quando da formulação do anteprojeto do Código do Ministério Público de São Paulo: “Muito se tem discutido sobre o conceito de Ministério Público e sua posição no quadro da hierarquia administrativa dos órgãos estatais. Enquanto alguns tratadistas pretendem integrar essa instituição no campo do Poder Judiciário, outros a situam em zona de estrita dependência do Poder Executivo, como seu mero agente. Hoje, entretanto, nem uma nem outra dessas concepções pode subsistir, em face da evolução do Ministério Público dentro do Estado Moderno. Órgão da soberania do Estado e não órgão do Governo, o Ministério Público impõe-se-nos como detentor de prerrogativas dessa mesma soberania, inerentes ao exercício de suas atribuições. A nítida compreensão do caráter do Ministério Público, na qualidade de órgão do Estado e não apenas de seu representante, pressupõe o conhecimento do que, em rigorosa técnica jurídica, se convencionou chamar de “organicidade” e “representação”. O Ministério Público é, por excelência, o defensor dos interesses da sociedade, no mais amplo sentido da expressão. Se por interesse da sociedade se entende o restabelecimento da ordem jurídica onde quer que ela seja vio-

lada, resulta daí a imprescindibilidade de um órgão apto a promover perante os poderes competentes essa restauração. Esse órgão é o promotor de justiça, que age não só em nome da coletividade, nas questões de ordem pública, como também em nome de particulares, em casos especiais. Promovendo a ação penal, ou resguardando em juízo os direitos de órfãos, interditos e trabalhadores, o Ministério Público defende, sempre, os interesses da sociedade. E incumbe-lhe defendê-los com decisão, sobriedade e serenidade, "*parta a ofensa donde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado*", como bem acentuou o Ministro Alfredo Valadão. Aí se levanta o promotor de justiça, investido de atribuições indeclináveis, titular da potestade executiva do Estado. Inicia-se com o processo a tutela da ordem jurídica. E, "onde principiam as funções judiciais do Ministério Público — disse-o em palavras magistrais o eminente procurador geral CESARINI — aí começa a Justiça, o *regnum dei*, o reino da consciência, em que só Deus impera" (*in* publicação da As. Paulista do M. P., São Paulo, 1953, Imprensa Of. do Estado, ps. 15 a 17).

Pois bem.

O Ministério Público deve ser entrosado no complexo de normas reguladoras da ação popular de natureza civil.

Já o dissemos, nesse sentido, certa feita, que no exercício de uma típica ação popular, tradicionalmente aceita, qualquer cidadão pode impetrar, em seu favor ou de outrem, por simples bilhete, *habeas-corpus* ao juiz. E o representante do Poder Judiciário é obrigado a processá-lo, podendo mandar vir imediatamente à sua presença o detido, para ouvi-lo e ordenar o que julgar conveniente, a fim de conceder, ou não, a ordem liberatória. Nas leis de organização judiciária, especialmente na do Paraná, o promotor de justiça requer *habeas-corpus* toda vez que encontra pessoa ilegalmente detida, para o que é obrigado a visitar permanentemente os presídios. Entendemos ainda que, com relação à própria *actio popularis* de cunho civil e destinada, pela Constituição Brasileira, à anulação ou à declaração de nulidade de qualquer ato lesivo do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista, o Ministério Público, sem prejuízo, é claro, da legitimidade de parte atribuída a qualquer cidadão, deve também ter atribuições específicas para o impulsionamento dessa espécie de ação, cujo objetivo, como vimos, é o res-

guardo do interesse público. Se qualquer cidadão pode propor, no sistema constitucional vigente no Brasil, ação em juízo para pleitear a nulificação de ato lesivo de seu patrimônio, ou, melhor, do patrimônio da comunidade de que faz parte, praticado por agente do Poder Público, como negar-se essa salutar e poderosa atribuição ao Ministério Público, órgão da lei e fiscal de sua execução? (*in* ANAIS do 1.º Cong. Interamericano do Min. Público, 1.º vol., p. 347).

A atribuição por nós reclamada se harmoniza com a natureza pública da ação, posta em relêvo pelos tratadistas.

Assim, a lei complementadora não deve deixar no olvido a salutar atribuição, plenamente compatível com as finalidades da instituição, cujos agentes, de resto, devem estar sempre integrados no exato cumprimento de seus deveres funcionais, agindo em consonância com os altos interesse confiados à sua guarda, à sua vigilância e à sua bravura cívica, no dignificante exercício daquela *magistratura requerente*, a que se refere CALAMANDREI e que foi bem compreendida, entre nós, por BENTO DE FARIA. Pois que os seus órgãos encarnam a lei e em seu nome falam e agem, não sendo os seus servidores meros agentes do Poder Executivo, como asseverou, no conclave internacional realizado em São Paulo, o procurador geral PLÍNIO DE FREITAS TRAVASSOS, citando os ensinamentos de mestres como RUY BARBOSA (que considerava o M. P. como uma espécie de magistratura), GOYET (*Le Ministère Public*), GARSONNET (*Atributions du Ministère Public*, 2.ª ed., I, §§ 187 e 188) e AYARRAGARAY (*El Ministerio Público*, p. 66, n.º 119). Mas “a grandeza do Ministério Público, como instituição relevante na vida organizada dos povos” — expõe com firmeza e veracidade SEABRA FAGUNDES — “há de assentar nos contornos da sua configuração legal, porém far-se-á, igualmente, pela seriedade que lhe comuniquem os seus servidores” (ANAIS, vol. 1.º, p. 102).

O encargo aqui proposto ainda mais se justifica se atentarmos para a indisponibilidade da ação popular. Ao Ministério Público, nos casos de desinteresse do autor na movimentação da demanda, ou nas hipóteses de pedido de desistência da ação, segundo o projeto em estudos na Câmara dos Deputados, deve caber a tarefa de prosseguir no processo, até levá-lo a final julgamento, promovendo, com energia e destemor, sem qualquer *esprit de corps*, tôdas as providências legais e probatórias para o

exame do ato da autoridade pelo Poder Judiciário. É que a ação, sendo indisponível, deve necessariamente terminar pela sentença. A suspeita, que cercou o ato administrativo, não pode nem deve perdurar no meio social. Ou o magistrado julgará improcedente a ação, mantendo, em consequência, o ato em toda a sua plenitude, para o justo e necessário prestigiamento e invulnerabilidade do princípio de autoridade governativa, indispensável à boa marcha da pública administração; ou emitirá sentença destinada a resguardar, com firmeza e pronta eficácia, o patrimônio público, não só para a imprescindível defesa deste, como também para um enérgico revigoramento dos bons métodos e costumes políticos.

A salutar atribuição teria ainda a conveniência de habilitar, desde logo, os representantes do Ministério Público para o exercitamento da ação penal que porventura coubesse contra os infratores, nas hipóteses de malbaratamento criminoso dos bens patrimoniais dos entes públicos e assemelhados, através da coleta palpitante e *in casu* de todos os dados ou elementos necessários à sua atividade repressiva.

E, finalmente, poder-se-ia, com isso, possibilitar útil oportunidade de colaboração com os órgãos do Poder Público, no setor jurisdicional, aos estrangeiros aqui radicados e integrados na comunidade nacional pelo seu trabalho honesto e contrutivo e, especialmente, pela sua contribuição fiscal ao Estado. Os estrangeiros teriam, assim, o direito de petição também assegurado nesse setor pela lei, encaminhando-o, todavia, sempre que se reportassem a atos lesivos do patrimônio social, diretamente aos agentes do Ministério Público, a cujo critério e iniciativa ficaria entregue, contudo, a alta missão de ajuizar a *actio popularis* que fôsse cabível ou conveniente.

Deixar a instituição em posição indiferente ou secundária, no processo da regulamentação da ação constitucional, é fugir não só ao reiterado sentido ascensional do M. P. na legislação brasileira, como ainda às características que justificam e exaltam as altruísticas finalidades desse órgão na dinâmica do Estado de Direito, que visa a proteger os juridicamente débeis e todos os interesses maiores da comunidade.

## CAPÍTULO XIV

### 41 - Algumas observações sobre a prescrição.

41 — Matéria delicada sempre tem sido a pertinente ao

instituto da prescrição, quanto às dívidas ativas e passivas das entidades de direito público interno.

O direito brasileiro, no dizer do ministro ÁBNER DE VASCONCELOS, “ainda se envolve em obscura legislação” (*Rev. Forense*, vol. 141, p. 208). O único ponto mais ou menos aquietado na interpretação de juristas e tribunais é o concernente às dívidas passivas, em que é tradicional a prescrição quinquenária, resultante da lei de 30 de novembro de 1841 e que foi revigorada pelo Código Civil (art. 178, § 10).

As dúvidas sobem de ponto no tocante às prescrições das dívidas ativas.

Aquele ministro, votando vencedor no Sup. Trib. Federal e lastreado na sua cultura jurídica, ainda refere que “a mesma fonte antiga a fixou quadrienária. É verdade que algumas leis encurtam os prazos de prescrição de várias modalidades de dívidas ativas da Fazenda. A de n.º 3.396, de 1888, baixou para 10 anos o prazo para a cobrança das dívidas inferiores a Cr\$ 500,00. As leis alfandegárias, as referentes às estradas de ferro, correios e telégrafos, de diferentes datas, e que adotaram prazos prescricionais inferiores, vêm, por exemplo, especificadas por CARPENTER (*Prescrição*, n.º 366) - rev. cit., p. 208.

A Suprema Côrte, todavia, ora aplica a regra da prescrição bienal, em relação às dívidas ativas inferiores a Cr\$ 100,00, ora nega aplicabilidade a êsse preceito inscrito no art. 178, § 7.º, do Código Civil, sob o fundamento de nele não existir referência à Fazenda Pública.

A nós se afigura inaplicável o Código Civil às dívidas ativas da Fazenda, quaisquer que sejam.

É que se trata, como é correntio, de relação de direito público e de natureza fiscal.

Dêsse modo, por fôrça do disposto em o próprio Código Civil (art. 1.º da Parte Geral), não há como aplicar-se a relações de ordem nitidamente públicas disposições que regem, exclusivamente, relações jurídicas privadas. As dívidas ativas da Fazenda Pública constituem matéria não disciplinada pelo Código Civil, cujo sistema, de resto, não admite interpretações subsidiárias que se não harmonizem com o seu específico âmbito de incidência.

É o que nos ensina CLOVIS BEVILAQUA: “Com a sistematização do direito civil, porém, no Código em vigor desde 1.º de janeiro de 1917, o direito legal não tem fontes subsidiárias.

O Código Civil é um organismo, um corpo de lei, *em que se aglutinam as normas referentes ao direito privado comum*” (*Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., p. 42, n.º 29a).

Na ausência de preceito expresso regulando a prescrição da ação popular, em que, positivamente, não existe dívida passiva da Fazenda Pública (Estado, União ou Municípios), poder-se-á aplicar o limite de prazo prescricional, fixado no art. 177 do Código Civil e que o art. 179 estende a todos os casos de prescrição não previstos?

Pela resposta afirmativa decidiu o Supremo Tribunal Federal, através de acórdão relatado pelo eminente ministro LUIZ GALOTTI (rec. extraordinário n.º 21.078, do Paraná, julgado em 27/11/1952).

Ousamos, em que pese o nosso respeito aos preclaros subscritores do aresto, dele divergir, nessa parte.

Já vimos que a preceituação civilística não abrange as relações de cunho público, sendo dessa natureza, quer no seu fim, quer no seu objeto, a ação popular restaurada pelo preceito constitucional.

Vimos, também, que o Código Civil não cuidou desse tipo de procedimento público.

Logo, não podemos compreender como se possa aplicar à *actio popularis* prazo prescricional concernente a relações de ordem privada. O art. 179 do Cód. Civil, ao estabelecer que “os casos de prescrição não previstos neste Código serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177”, certo que emite regra compatível com a sistemática do mesmo diploma, mas regente de relações exclusivamente privadas.

Inampliáveis, conseqüentemente, os seus preceitos a relações ou categorias de feição ostensivamente públicas, como as que defluem do cânone constitucional balizador do pleito democrático e defensivo do patrimônio comum.

Mas, pergunta-se: inadmitida a aplicabilidade da lei civil, qual seria, então, o prazo prescricional da ação popular?

Tratar-se-ia, ademais, de ação imprescritível, porque o respectivo dispositivo tem assento constitucional e, longe de precarizar direitos ou interesses exclusivamente privados dos cidadãos, acautela antes, e precipua, o bem público?

Todos sabemos que a prescrição é instituto peculiar às ações e estas, por via de regra, estão sujeitas aos seus efeitos, na forma e prazos que lhes forem consignados em lei. Os direi-



tos, é verdade, não são atingidos, diretamente, pela prescrição, “embora a extinção dêles se dê por via de consequência. Quando, pois, se fala em prescrição de direitos deve entender-se de “ações que os asseguram” (ac. unânime do T. J. de S. Paulo, in “Revista dos Tribunais”, vol. 168, p. 302).

Mas, desde que assentado que a ação do povo ataca, evidentemente, um ato da administração, procurando nulificá-lo ou extingui-lo; assentado, por outro lado, que a posição da autoridade se situa na de agente passivo da demanda, ré, assim, para todos os efeitos no decorrer do pleito; assentado, finalmente, que o direito à ação, constante da letra constitucional, não quer dizer ou significar, por si só, a procedência, em todos os seus aspectos, de qualquer ação popular intentada pelo cidadão, matéria que, como é óbvio, só se tornará corporificada pela sentença do magistrado, não vemos nenhum exagêro quando se invoca a prescrição quinquenal, segundo as disposições da legislação especial (lei n.º 5.761, de 25/1/1930, c/com o decreto n.º 20.910, de 6/1/1932; as disposições dêste dec. foram estendidas às entidades autárquicas pelo dec. lei n.º 4.597, de 19/8/1942), para regência do prazo de propositura do remédio jurídico-constitucional da *actio popularis*.

Enquanto outra prescrição não fôr estabelecida pelo legislador, e tendo-se em vista, ademais, que o prazo ou limite de cinco anos é o adotado pela lei especial, não só em relação às dívidas ativas não excedentes a Cr\$ 500,00, como ainda em referência às do impôsto sôbre a renda, impôsto que “constitui uma das maiores fontes de renda do Tesouro federal”, parece-nos que se deve aplicar às ações populares a preceituação do aludido decreto n.º 20.910, complementado pelo de n.º 4.597, preceituação que regula, expressamente, o prazo quinquenal extintivo de *tudo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual fôr a sua natureza*, contado o lapso prescricional da data do ato ou fato do qual se originarem (art. 1.º do dec. 20.910, c/com o art. 3.º do de n.º 4.597). Observe-se, outrossim, que as referidas disposições legais “aplicam-se desde logo a *tôdas as dívidas, direitos e ações a que se referem*”, como vem determinado no art. 4.º do mencionado decreto 4.597.

Não se objete, como o fêz o ilustre monografista PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, em recente estudo sôbre a ação constitucional, que seria de todo inaceitável êsse lapso prescricional, porque, em última análise, relativo às ações con-

*tra* a Fazenda, sendo de notar que na outorga popular não há, pròpriamente, “ação *contra* a Fazenda, no sentido em que a expressão ali vem empregada. Seu objetivo, com efeito, não é o de obter da Fazenda Pública qualquer prestação, mas sim o de favorecê-la, reintegrando-lhe o patrimônio” (*Rev. Forense*, vol. 157, p. 32).

A mesma obtemperação já ocorreu ao nosso espírito, quando do exame de interessante caso concreto.

Vem a pelo reproduzir o nosso modesto entendimento: “Outra questão interessante, suscitada na discussão do caso, é a da prescrição do direito de ação.

“A ação popular, instituída pela Carta Constitucional de 1934 (art. 113, n.º 38) e restaurada pela de 1946 (art. 141, § 38), como sabemos, poderá ser intentada para anular atos lesivos do patrimônio da Fazenda Pública, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

“A Magna Carta de 18 de setembro de 1946, no invocado art. 141, § 38, nada diz, contudo, sôbre o prazo da prescrição, matéria que, a nosso ver, bem por isso mesmo, haverá de ser regulada pelos princípios legais vigentes.

“A prescrição quinquenal é a que, na falta de regulamentação constitucional a respeito, deverá ser aplicada.

“A propósito, se bem que regulando a prescrição do antigo direito de ação penal nos crimes que afetam mais profundamente o interesse e a organização estatal, foi bem mais preciso e providente o legislador do Império ao estatuir, no art. 157 da Constituição Política outorgada e jurada por Dom Pedro Primeiro, aos 25 de março de 1824, *verbis*: “Por subôrno, peita, peculato e concussão, haverá contra êles (juizes de direito e oficiais de justiça) a *ação popular*, que poderá ser intentada *dentro de ano e dia* pelo próprio queixoso ou por *qualquer do povo*, guardada a ordem do processo estabelecido na lei” (os grifos não são do original).

“A Constituição de 1934, igualmente, nada estabeleceu sôbre o prazo prescricional da *actio popularis*, que, àquela época, caiu mesmo em desuso, não se tendo notícia de sua aplicação nos juízos e tribunais do país.

“Mas, como dizíamos, a legislação em vigor, de caráter ordinário, é que deve dar a solução para o assunto, já que a Carta de 1946 não regulou o prazo prescricional da ação popular de natureza civil.

“A legislação referida se compõe, entre nós, especialmente, dos decretos federais números 20.910, de 6 de janeiro de 1932, e 4.597, de 19/8/1942. O prazo estabelecido é o de 5 anos (que pode ser interrompido por uma só vez, na forma de outro édito baixado sôbre a matéria), abrangendo a todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal e entidades autárquicas, seja qual fôr a sua natureza, contado, o mencionado lapso prescricional, da data do ato ou fato do qual se originar.

“Inexistindo, porém, a ação popular anteriormente à promulgação da Constituição de 1946, de vez que o regime jurídico estatuído na Carta de 1934 fôra substituído pelo Estatuto Político de 1937, óbvio se nos afigura que tal prazo prescricional de cinco anos, para o exercício da ação intentada por qualquer cidadão no uso e gozo dos direitos políticos, na forma do disposto pelo § 38 do art. 141, deverá ser contado, na espécie, não da data do fato ou ato que a originou, mas, sim, da data em que entrou a vigorar a Suprema Lei do país, isto é, a 18 de setembro de 1946 (*actio nata*).

“Ora, essa ação, que se exibiu em juízo sob a roupagem de um alegado interesse cívico, foi proposta, precisamente, no ano de *mil novecentos e quarenta e oito*. Dentro, portanto, do prazo quinquenal, que, a nosso ver, deverá ser observado.

Objetar-se-á, em contrário, que a ação popular visa a *defender* o patrimônio público, pelo que inaplicável seria a prescrição quinquenal, que trata das ações *contra* o erário.

“Impressiona, à primeira vista, a objeção.

“Mas ninguém poderá negar que, ao ser posta em juízo, pelo menos sob o aspecto formal ou processual, a *actio popularis* tem por finalidade combater ou nulificar ato de autoridade pública, sob aquele pressuposto de lesividade ao patrimônio da comunidade.

“Só pela sentença, depois de feitas, no âmbito processual, com sinceridade e energia, as investigações probatórias que se fizeram necessárias, é que a ação se transformará num autêntico veredicto de resguardo e acautelamento do patrimônio comum, nulificado, então, o ato administrativo em tôda a sua plenitude, desde que verificada, regularmente, a lesão.

“Óbvio que, não constatada a lesão (matéria de mérito), não ultrapassará a causa aqueles limites, já aludidos, de meros desenvolvimentos ou impulsos processuais no sentido de um

frustrado ataque e crítica ao ato da autoridade, com as consequências do estilo.

“Reconhecemos, todavia, que o assunto, à mingua de lei específica reguladora da ação popular de natureza civil, é passível de controvérsia entre os doutos; podendo, mesmo, ser invocada a tese da imprescritibilidade, a exemplo do que ocorre, doutrinária e legalmente, com o usucapião de referência aos bens públicos, ou, ainda, a opinião de que, inexistindo prazo devidamente previsto em lei, seria de se aplicar a regra *trintenária* (hoje reduzida para 20 anos - cf. lei n.º 2.437, de 7/3/1955, art. 1.º), segundo a combinação dos arts. 179-177 do Código Civil” (*Revista Jurídica*, de Pôrto Alegre, vol. 18, ps. 62-63).

Reforçando a tese, no que tange ao lapso extintivo de cinco anos, em matéria de direito público, não podemos deixar de mencionar a nova orientação que se vem esboçando em nossa legislação especializada.

Referimo-nos à recente lei n.º 2.862, de 4 de setembro de 1956 (publicada no D. O., da União, de 5/10/1956), que alterou vários dispositivos do Regulamento do Impôsto de Renda em vigor. O seu art. 29 mandou substituir o art. 188 do decreto n.º 36.773, de 13 de janeiro de 1955 (Consol. das Leis do Impôsto de Renda), pelo seguinte: “Art. 188. O direito de proceder ao lançamento do Impôsto de Renda *decai no prazo de 5 (cinco) anos* contados da expiração do ano financeiro a que corresponder o impôsto. Parágrafo único. A faculdade de proceder a novo lançamento ou lançamento suplementar, à revisão do lançamento e ao exame nos livros e documentos de contabilidade dos contribuintes, para os fins dêste artigo, *decai no prazo de 5 (cinco) anos* contados da notificação do lançamento primitivo”.

Essa preceituação, contendo linguagem expressa e categórica, modificou substancialmente o instituto da prescrição, em matéria de impôsto sôbre a renda. Atualmente se cuida de autêntica e remarcada *decadência*, que, como é sabido, não se confunde com a prescrição, pois que o seu prazo é fatal e improrrogável, não se suspendendo, nem se interrompendo, como ensinam os melhores tratadistas.

Aliás, o ataque derradeiro à própria *coisa julgada*, por meio da ação rescisória de sentença, tem a demarcá-lo o prazo de cinco anos, de acôrdo com o décimo parágrafo, número VIII, do artigo 178 do Código Civil, prazo êsse de nítida *decadência*,

e não de mera *prescrição*, conforme vem sendo reiteradamente julgado pelos tribunais do país e salientam os doutrinadores.

Vê-se, pelo exposto, que o limite de um prazo extintivo, dentro do qual se deva operar o impulsionamento da ação popular, não deve ultrapassar o quinquênio, na esteira, aliás, da orientação que modernamente predomina em matéria prescricional, voltada ao encurtamento dos respectivos prazos.

Caberá, contudo, ao legislador ordinário adotar a solução que lhe parecer mais compatível com as nossas peculiaridades e necessidades, ou disciplinando o lapso temporal como de *prescrição* — hipótese em que deverá regular os modos especiais de sua suspensão ou interrupção — ou adotando, a exemplo do que se dá, aliás, com o mandado de segurança, a tese da *decadência*, agora também introduzida na legislação do impôsto sobre a renda.

De qualquer modo, porém, não se deve deixar o assunto *in albis* no direito a ser futuramente legislado. Sempre é conveniente atalhar dúvidas ou oscilações interpretativas, em problema de tamanha importância para os interesses da comunidade e que se caracteriza pelos imperativos da paz e harmonia sociais.

A ação popular não deve, a nosso modo de ver as coisas, ficar imune à inelutável influência exercida pelo decurso do tempo nas relações jurídicas. “Poucos institutos” — é o que escreve o jovem e já consagrado mestre de Direito do Trabalho, professor MOZART VICTOR RUSSOMANO, da Un. do Rio Grande do Sul — “possuem caráter tão universal quanto o da *prescrição*. De extensa significação jurídica, simbolizando a ação corrosiva do tempo sobre os direitos inertes, é um princípio de ordem pública, invariavelmente aceito por tôdas as legislações e definitivamente estabelecido como princípio geral de direito” (*Revista Forense*, vol. CXXXVIII, p. 605).

Entre os romanos era o pleito popular exercitado dentro do prazo de um ano. São ainda mais breves os lapsos vigorantes na França para os recursos por excesso de poder. E a Const. do Império, como enunciámos, marcava o período de ano e dia para a propositura da ação penal que creou. A ação popular prevista na lei n.º 818, de 1949, consigna o prazo de 4 anos, contados da data da entrega do decreto de naturalização (art. 35, § 2.º).

Na prerrogativa constitucional o que importa é a repara-

ção, tanto quanto possível imediata, da lesão cometida contra o patrimônio comum. Isto não só para a defesa pura e simples do patrimônio social, a cargo da administração, do govêrno, como ainda para o avigoramento, em nobres e moralizadores estilos, dos bons costumes políticos que devem imperar no serviço público, preenchendo, assim, a ação popular a sua finalidade educativa no meio do grupo organizado, despertando dons e aptidões políticas no seio do povo. Para tanto, é recomendável seja obrigatoriamente publicada a sentença na íntegra, ou para exaltação da autoridade que viu o seu ato afinal mantido pelo juiz, merecedora, dessarte, de um amplo prestígiamento público, ou para recriminação da conduta indesejável da que malbaratou o patrimônio social ou fêz ouvidos moucos àquela linha de “honra e dignidade própria do serviço público”, referida por ilustre escritor.



## CAPÍTULO XV

### 42 - Conclusões.

42 — Já é tempo de concluir.

Sinceramente não alimentamos a veleidade de haver produzido trabalho perfeito. Pelo contrário: muitas imperfeições ou cincas poderão ser nele encontradas.

A perfeição só pode dimanar da Sabedoria Divina. É qualidade que transcende as forças humanas.

Mas de uma convicção está, porém, cheio o nosso espírito: o nosso trabalho foi feito na certeza de que muito poderíamos errar, à vista dos transbordamentos que a matéria da análise e da compreensão de alguns aspectos da ação popular naturalmente suscita.

Entregamo-lo, porém, de coração aberto e leal ao crivo da austera apreciação da equipe de eminentes professores da tradicional Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, sob cuja cúpula de proteção cívica e intelectual, há anos, adquirimos os nossos primeiros e preciosos conhecimentos sobre a ciência

jurídica e onde aprendemos a amar o Direito, como verdadeira “armadura do Estado” no dizer de CARNELUTI, para não perdemos, jamais, a nossa fé nos valores eternos da Liberdade e da Justiça.

Podemos enterreir alguns aspectos da matéria exposta nas seguintes conclusões:

## I

A ação popular, de que trata o § 38 do artigo 141 da Constituição Federal, tem cunho nitidamente democrático e independente, para o seu uso exclusivamente pelos cidadãos brasileiros, de lei complementar ou regulamentadora.

## II

Trata-se de enérgico remédio jurídico-constitucional destinado a precatar, não só o patrimônio das entidades enumeradas no preceito da Carta de 18 de setembro de 1946 contra atos irregulares ou amorais das autoridades, como também os interesses maiores da comunidade em face de atividades ilícitas exercitadas pelos particulares, em certos e determinados casos, como, *verbi gratia*, os previstos no art. 670 do Cód. de Proc. Civil e art. 35, § 1.º, da Lei de Nacionalidade.

## III

O ingresso das partes em juízo, para a propositura da ação constitucional de natureza civil, não prescinde da outorga de mandato na devida forma a advogado legalmente habilitado, podendo ser admitidas, contudo, em casos especiais, as exceções à regra previstas em nossa legislação.

## IV

Os brasileiros, natos ou naturalizados, com idade entre 18 e 21 anos, portadores do título eleitoral, e desde que no gozo e exercício das prerrogativas inerentes à cidadania, independem do consentimento ou assistência de seus pais ou tutores para o ajuizamento da ação popular, em face da norma de superlegali-

dade constitucional em vigor no país, sem eficácia, para esse fim, o disposto no art. 80 do estatuto de processo civil e dispositivos correlatos.

## V

A preceituação do artigo 82, n.º II, do Código de Processo Civil, que se liga, umbelicamente, aos casos previstos no Código Civil, deve hoje em dia ser interpretada, com relação ao exercício, pelas mulheres eleitoras, da ação popular de natureza cívico-política, em função não só do cânone constitucional, como ainda dos efeitos legais e jurídicos dos tratados convencionados pelo Brasil e aprovados pelo Congresso Nacional, os quais concedem à mulher capacidade igual à dos homens para o exercício dos direitos e das funções políticas. A mulher casada, em consequência, não mais está na dependência de outorga do marido para propor a ação inserta no § 38 do art. 141 da Carta Magna.

## VI

O *objeto* e a *finalidade* da ação clausulada no § 38 do art. 141 da Constituição são de natureza eminentemente pública. Nela o cidadão pleiteia não em defesa de um direito privado, direto e incorporado ao seu patrimônio pessoal e exclusivo, mas, sim, no resguardo impessoal do patrimônio da coletividade política e social de que faz parte, fiscalizando, dêsse modo, a atuação que o Estado e seus prolongamentos autárquicos ou funcionais, por intermédio dos seus representantes ou agentes, imprime aos serviços públicos.

A ação é, pois, *indisponível*, não se conciliando com a sua índole, consequentemente, os institutos da *desistência* e da *transação*, regulamentados pelo Código de Processo Civil como causas de cessação da instância (arts. 16, 55, 206 e 207).

## VII

Ao Ministério Público, além das funções fiscalizadoras e opinativas comumente confiadas aos seus agentes nos casos de sua obrigatória interferência e previstos na processualística em geral, devem ser concedidas atribuições para o impulsionamento da ação popular; sem prejuízo, é claro, da *legitimatio ad*



*causam* constitucionalmente outorgada a qualquer cidadão. Por se tratar de órgão precìpuaamente destinado, no Estado de Direito, à fiscalização e defesa do que interessa à coletividade.

### VIII

A *actio popularis*, como, de resto, a generalidade dos demais tipos de ações, está sujeita aos efeitos prescricionais.

*De lege ferenda*, poderia ser estabelecido o prazo quinquenal para a sua propositura, quer na categoria pròpriamente de *prescrição*, quer como *decadência*, segundo a orientação observada ùltimamente pela legislação especial.

Curitiba, janeiro de 1957.

**ARY FLORENCIO GUIMARÃES.**

## ANEXO

### PROJETO

N.º 2.466 — 1952

#### Regula a ação popular instituída pelo artigo 141, parágrafo 38, da Constituição Federal (1)

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista (Constituição, artigo 141, § 38).

Art. 2.º Considera-se nulo o ato nos casos de:

- a) inconstitucionalidade;
- b) incompetência da autoridade de que houver emanado;
- c) iliceidade do objeto;
- d) ausência de requisito formal, inclusive processo prévio quando exigido, ou nulidade dêste por infração de norma substancial;
- e) falsidade dos motivos expressamente alegados;
- f) fim diverso do declarado.

Art. 3.º São anuláveis os atos viciados por erro, dolo, coação, fraude ou simulação, aplicando-se, quando couberem, as regras da legislação civil.

Art. 4.º A ação a que se refere o art. 3.º rege-se pelo disposto nesta lei e, no que não a contrariar, pelo Código do Processo Civil.

Art. 5.º É competente para processar e julgar a ação o juiz que o fôr para os pleitos que interessarem à União, ao Estado, ao Município, à entidade autárquica ou a sociedade de economia mista, preferindo-se, quando fôr competente mais de um, no caso de ser parte a União ou algum Estado, o do domicílio do réu ou de um dos co-réus.

Parágrafo 1.º Quando o pleito interessar simultaneamente à União e ao Estado, ou à União e ao Município, ou aos três, será competente o juiz que o fôr para as causas da União na Capital do Estado.

§ 2.º Quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, na sede do município.

Art. 6.º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juiz no lugar da sua jurisdição e atrairá tôdas as ações que forem posteriormente intentadas contra as mesmas partes e sob os mesmos fundamentos, desde que disso tenha conhecimento, nos autos, qualquer dos juizes.

§ 1.º Os autos das ações posteriores serão apensados aos da primeira, devendo ser tôdas julgadas numa só sentença, que será lavrada nos autos principais e anotadas nos demais.

§ 2.º Os autores das ações atraídas são equiparados, para todos os efeitos, aos litisconsortes de que trata o art. 14.

Art. 7.º Só será parte legítima, nos termos do art. 1.º, quem fôr brasileiro e civilmente capaz.

---

(1) O projeto, originário do Senado Federal, decorreu da iniciativa do então senador FERREIRA DE SOUZA, que apresentou a proposição inicial que tomou o n.º 25/1947.

Art. 8.º A ação será movida contra o beneficiário do ato comissivo ou omissivo da autoridade pública, ou órgão da entidade autárquica ou da sociedade de economia mista, devendo ser necessariamente intimados os representantes legais dessas instituições, os quais serão ouvidos em tôdas as fases do processo.

§ 1.º Se não houver beneficiário direto do ato lesivo, a ação intentar-se-á contra a entidade pública (União, Estado, Município ou órgão autárquico) ou contra a sociedade de economia mista, sem prejuízo do disposto no parágrafo seguinte.

§ 2.º É facultado ao autor chamar também a juízo a pessoa ou as pessoas que, como representantes da União, do Estado, do Município, da entidade autárquica ou da sociedade de economia mista, houverem praticado, aprovado ou ratificado o ato lesivo, ou dado lugar à lesão pela sua negligência.

§ 3.º Não podem ser chamados à mesma ação um Estado e um Município, entidade autárquica ou sociedade de economia mista quando de Estados diferentes.

Art. 9.º Os processos da ação popular são isentos do impôsto de sêlo e da taxa judiciária cobrada pela União.

Art. 10 Se o autor desistir da ação, em qualquer momento, poderá continuá-la outro cidadão que preencha as condições de legitimidade exigidas no art. 7.º, desde que se habilite dentro em seis meses.

§ 1.º Para os efeitos dêste artigo, o juiz tornará pública a desistência mediante aviso assinado pelo escrivão, afixado no edifício em que funcionar a Justiça e estampado por duas vêzes no órgão que publicar o expediente no fôro.

§ 2.º Decorridos seis meses após a última publicação ou, onde não houver jornais, depois da afixação do aviso em cartório sem aparecer quem queira continuar o feito, o juiz homologará a desistência, publicando-se a sua decisão em resumo, na forma do disposto no parágrafo anterior.

§ 3.º A homologação da desistência terá efeito sòmente entre as partes, não impedindo que a ação seja repetida, a qualquer tempo, por outrém, nem que seja continuada por qualquer litisconsorte ou assistente.

§ 4.º Logo que, no prazo estabelecido pelo § 2.º dêste artigo se habilite alguém para continuar o pleito, o juiz homologará a desistência, mas sòmente no que entender com o interêsse do desistente, que será substituído imediatamente pelo novo autor.

§ 5.º Se mais de uma pessoa quiser continuar o processo, será êsse direito reconhecido à que primeiro se habilitar.

Art. 11 A paralisação do processo, por mais de seis meses e por fato do autor, não dará lugar à absolvição da instância, podendo, entretanto, habilitar-se, para o continuar, qualquer outra pessoa nas condições legais.

Art. 12 Se por fato ou omissão do autor, quanto a diligências que lhe competir adiantar ou promover, o processo ficar paralisado durante seis meses, será o réu absolvido da instância, desde que o requeira, ouvido o autor em 24 horas.

Parágrafo único. Se a paralisação fôr de mais de trinta dias, e de menos de seis meses, poderá habilitar-se qualquer que reúna as condições de legitimidade, ficando excluído o autor.

Art. 13. Será nulo qualquer acôrdo relativo à ação já proposta ou futura, com ou sem a participação de terceiros, para o fim de determinar ou evitar litígio.

Parágrafo único. A falta do cumprimento de qualquer acôrdo feito com infração dêste artigo não dará lugar a restituição, pagamento ou indenização.

Art. 14. Quem quer que esteja nas condições do art. 141, § 38, da Constituição, poderá habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor, e substituí-lo-á automaticamente nos casos do art. 10 e seus parágrafos, art. 11, art. 12 e respectivo parágrafo.

Art. 15. As repartições públicas, sob pena de desobediência, dentro de 15 dias, contados da data em que receberam o pedido ou a requisição, fornecerão aos interessados não só as certidões e documentos necessários à ação ou à defesa dos réus, mas também os que lhes forem requisitados pelo juiz.

§ 1.º A requerimento de qualquer das partes, o juiz requisitará das repartições públicas, das entidades autárquicas ou das sociedades de economia mista, as certidões e documentos apontados pelos requerentes.

§ 2.º A requerimento das partes ou de ofício, poderá o juiz requisitar o original do processo de que tenha resultado o ato ajuizado, desde que já esteja findo. Êste processo deverá ser restituído, uma vez definitivamente julgada a ação, ou quando o entender o juiz, depois de ter estado em apenso ao principal, durante quinze dias no mínimo, prazo no qual é lícito às partes solicitar do escrivão as certidões de que necessitarem para a ação.

Art. 16. A sentença que julgar procedente a ação, no todo ou em parte, condenará os culpados:

a) se a lesão tiver consistido em recebimento ilegal, a repor o que tiverem recebido ilegalmente, com as perdas e danos;

b) se a lesão consistir em não pagamento ou isenção de qualquer pagamento, a efetué-lo imediatamente ou no momento próprio, de futuro, com os danos de mora;

c) se a lesão resultar do recebimento ou de pagamento futuros, a pagar, na época própria, a sua dívida, declarando-se nada ter que receber.

Parágrafo único. Se o juiz se convencer de que o autor ou os autores do ato lesivo, como representantes ou órgãos da União, do Estado, do Município, das entidades autárquicas ou das sociedades de economia mista, agiram com dolo ou culpa, inescusável, condená-los-á, se tiverem sido citados, às conseqüências decorrentes dêste artigo e suas letras, como devedores solidários do beneficiário.

Art. 17. Julgando procedente a ação, a sentença condenará não só o particular interessado no ato, declarado nulo ou anulado, mas também a autoridade ou o funcionário que o houver resolvido e praticado, a pagar solidariamente os honorários do advogado do autor, arbitrando o juiz, para isso, uma importância até 30% sobre o que a entidade pública receber, ou deixar de pagar em virtude da sentença, tendo em vista o trabalho, as dificuldades vencidas, as despesas e o dolo, ou a culpa de cada um.

Parágrafo único. Se nenhum dos condenados, réu, funcionário ou autoridade, estiver em condições de pagar os honorários, será condenada ao

pagamento a entidade pública interessada, devendo, neste caso, o juiz fixá-los em quantia não excedente a 15%.

Art. 18. Da sentença que julgar improcedente a ação no todo ou em parte, poderão recorrer o autor, qualquer dos litisconsortes, os assistentes ou terceiros com as condições do artigo 7.º.

Art. 19. A sentença que julgar procedente a ação, bem como a que, em segunda instância, a declarar improcedente, fará coisa julgada erga omnes, observado o requisito da identidade da coisa e da causa.

Art. 20. A execução da sentença de procedência da ação deve ser iniciada dentro em três meses pelo autor ou pelos litisconsortes ou terceiros que o tiverem substituído. Findo esse prazo, poderá qualquer pessoa legítima fazê-lo.

Parágrafo único. É sempre possível à União, ao Estado, ao Município, à entidade autárquica ou à sociedade de economia mista interessada, ainda que tenham contestado a ação, promover, em qualquer tempo, no que os beneficiar, a execução da sentença contra os réus principais.

Art. 21. As publicações do expediente e do movimento da ação regulada nesta lei conterão sempre a referência “ação popular do art. 141, § 38, da Constituição Federal,,.

Art. 22. Revogam-se as disposições em contrário.

Senado Federal, em 17 de setembro de 1952. — João Café Filho, Presidente. — Etelvino Lins, 1.º Secretário. — Waldemar Pedrosa.



## SUBSTITUTIVO AO PROJETO N.º 2.466/1952.

Regula a ação popular (2)

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Dos sujeitos ativo e passivo da ação popular.

Art. 1.º — Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, dos Territórios, do Distrito Federal, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de empresas incorporadas ao patrimônio da União, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas e de instituições ou fundações para cuja criação o poder público haja concorrido ou para cujo custeio concorra com mais de cinquenta por cento.

Art. 2.º — É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como assistente do autor na ação popular.

Art. 3.º — Ao ingressar em juízo como autor da ação popular, ou como recorrente, deverá o cidadão provar a sua qualidade de eleitor.

---

(2) O substitutivo Bilac Pinto acha-se em estudos na Câmara. A Comissão Especial, encarregada de emitir parecer, está formada pelos deputados Oliveira Brito, Martins Rodrigues, Abguar Bastos, Chagas Freitas, Monteiro de Barros e Bilac Pinto. O processualista Luiz Machado Guimarães, em maio do ano transato, prestou esclarecimentos à Comissão, tendo oferecido e debatido com os seus membros várias sugestões ao projeto (Diário do Congresso Nacional, de .... 12/5/1956, p. 3.669).

Art. 4.º — A ação popular será movida contra a autoridade, funcionário, diretor, gerente ou membro de órgão colegiado que houver praticado, autorizado, aprovado ou ratificado o ato lesivo, ou dado oportunidade à lesão, por sua omissão. Serão também citados, para integrarem a contestação, os beneficiários diretos do ato lesivo, se houver.

Parágrafo único — Quando a decisão que der causa ao ato impugnado tiver sido:

I) baseada, integralmente, em parecer técnico, a ação será movida também contra o autor do parecer.

II) proferida por órgão colegiado, a ação será movida contra:

- a) os que se houverem manifestado a favor do ato lesivo;
- b) os que se houverem absterido de votar, estando presentes;
- c) os que, não tendo comparecido à reunião, deixarem de fazer inserir em ata, na primeira sessão subsequente a que comparecerem, o seu voto contrário.

Art. 5.º — A entidade cujo ato fôr objeto de ação popular poderá intervir na ação popular, como assistente, na defesa ou juridicidade do ato, desde que apresente autorização escrita do chefe do governo a que esteja vinculada, para fins de competência, nos termos do parágrafo primeiro do artigo oitavo desta lei.

Parágrafo único — Quando a entidade não intervir na lide reputar-se-á, para todos os efeitos, que foi substituída pelo autor da ação popular.

#### **Do objeto da ação popular**

Art. 6.º — Poderão ser objeto de ação popular os atos lesivos do patrimônio das entidades enumeradas no artigo primeiro, desde que apresentem vícios que os tornem nulos ou anuláveis.

Art. 7.º — Os atos de qualquer das entidades mencionadas no artigo primeiro:

I) — São nulos, nos casos de:

- a) — Incompetência;
- b) — Violação da lei;
- c) — vícios de forma;
- d) — desvio de poder.

II) — São anuláveis nos casos em que contenham outros vícios.

Art. 8.º — São também nulos, e poderão constituir objeto da ação popular, os atos das entidades mencionadas no artigo primeiro, relativos:

I) a operação bancária ou de crédito real, quando:

- a) fôr realizada com violação de normas legais, regulamentares, estatutárias, regimentais ou internas;
- b) o valor real do bem dado em hipoteca ou penhor for inferior ao constante de escritura, contrato ou avaliação;

II) a empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público ou de obra pública quando:

a) o respectivo contrato houver sido celebrado sem prévia concorrência pública ou administrativa, sempre que essa condição seja estabelecida em lei, regulamento ou norma legal;

b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições que comprometam o seu caráter competitivo;

c) a concorrência administrativa fôr processada em condições que importem em limitação das possibilidades normais da competição;

III) a compra e venda de bens móveis ou imóveis, quando:

a) o preço de compra dos bens fôr superior ao corrente no mercado, na época da operação;

b) o preço de venda dos bens fôr inferior ao corrente no mercado, na época da operação;

IV) a concessão de licença de exportação ou importação, qualquer que seja a sua modalidade, quando:

a) houver sido praticada com violação das normas legais e regulamentares ou de outras de caráter geral;

b) resultar em exceção ou privilégio, em favor de exportador ou importador.

V) a operações de redescontos, quando:

a) realizadas sem observância das normas legais e regulamentares;

b) excederem o limite legal.

VI) a empréstimos concedidos pela Caixa de Mobilização Bancária, quando o valor dos bens dados em garantia, na época da operação, fôr inferior ao da avaliação.

VII) a contratos de publicidade jornalística ou radiofônica, quando traduzam o propósito, pelo vulto e pelas condições, de favorecimento de determinada empresa ou grupo de empresas.

VIII) a permissão ou proibição de atividades, atos ou medidas deixadas a critério da Administração, quando se faça com tratamento desigual entre os favorecidos ou atingidos.

IX) a omissão na prática de ato de interesse geral previsto em lei, quando estabelecido prazo dentro do qual se deva praticar, ou quando, mesmo não fixado prazo pelo legislador, tenha decorrido tempo suficiente à sua prática.

X) a rebates discriminatórios de tarifas de serviços públicos e bem assim os que forem feitos por empresas concessionárias de serviço público.

### Da competência

Art. 9.º — É competente para a ação popular o juiz que o fôr para os pleitos que interessem à União, o Estado e o Município, de acôrdo com a organização judiciária de cada Estado.

§ 1.º — Para fins de competência, consideram-se como da União, do Estado ou do Município os atos das entidades criadas, mantidas, controladas ou subvencionadas por êsses Governos.

§ 2.º — Quando o pleito interessar simultâneamente à União, Estado, Município ou a entidade a êles equiparada no parágrafo anterior será competente o juiz das causas da União, se houver.

§ 3.º — Quando interessar simultâneamente o Estado e o Município ou a entidade a êles equiparados, nos têrmos do parágrafo segundo, será competente o juiz das causas do Estado, se houver.

§ 4.º — Proposta uma ação popular, o juiz que dela conhecer terá sua jurisdição preventiva para as demais que posteriormente vierem a ser intentadas com idêntico objetivo e visando o mesmo ato.

### Do processo

Art. 10 — A ação popular obedecerá ao rito ordinário disposto no Livro III, Título único, do Código de Processo Civil.

Art. 11 — O juiz deverá sustar a execução do ato, liminarmente ou no curso da ação, desde que haja prova bastante, sempre que a execução imediata do mesmo possa tornar inócua a sentença ou difícil a restauração do estado anterior.

Art. 12 — Se o autor popular visar a proteção da posse exercida por qualquer das entidades mencionadas no art. 1.º, ameaçada, turbada ou violentada por ato previsto nos arts. 5.º e 6.º da presente lei, poderá usar do interdito possessório cabível, com o rito disposto no Livro IV, Título XIII, Capítulos I e II, do Código de Processo Civil.

Art. 13 — Nos casos previstos no art. 302, ns. XI e XII, do Código de Processo Civil, e desde que concorram os requisitos da ação popular, poderá o autor usar da ação cominatória, com a finalidade e o rito dispostos no Livro IV, Título II, do Código de Processo Civil.

Art. 14 — Para instruir a inicial o cidadão poderá requerer às repartições públicas e às demais entidades, e estas serão obrigadas a fornecê-las, no prazo de quinze dias, as certidões que entender necessárias, bastando para isso indicar a finalidade das mesmas.

Parágrafo único — Excedido êsse prazo a inicial poderá ser ajuizada independente da juntada de certidão, cumprindo ao autor mencionar a circunstância e requerer ao juízo que requisiite a sua expedição.

Art. 15 — A inicial será desde logo indeferida, se fôr manifestamente inepta.

Parágrafo único — Do despacho de indeferimento caberá o recurso de agravo de petição.

Art. 16 — Depois de junta a contestação, na ação popular ordinária, possessória ou cominatória, será aberta vista dos autos ao representante do Ministério Público, que poderá requerer quaisquer diligências que lhe pareçam úteis ao esclarecimento da verdade e ao rápido andamento do processo.

Parágrafo único — O representante do Ministério Público não poderá, em nenhuma hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou do seu autor, sob pena de incidir em falta grave.

Art. 17 — O juiz, ex-officio, ou a requerimento da parte, ordenará as diligências e requisitará os documentos e certidões que julgar necessárias ou úteis à instrução da lide.

Art. 18 — Se o autor requerer a desistência da ação, ou der motivo da cessação da instância, serão publicados editais, ficando ressalvado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de noventa (90) dias da última publicação, promover o prosseguimento da ação.

§ 1.º — Os editais serão publicados três (3) vezes no órgão oficial e em jornal de grande circulação, e, se não os houver na comarca, serão êles afixados à porta do Forum, durante trinta (30) dias.

§ 2.º — As custas do processo, inclusive as referentes aos editais, serão pagas pelo autor.



Art. 19 — Os processos de ação popular terão prioridade sobre todos os demais processos, excetuados os de habeas-corpus e de mandado de segurança.

#### Da sentença

Art. 20 — A sentença, que julgar procedente a ação, declarará a nulidade ou decretará a anulação do ato lesivo, e condenará solidariamente os responsáveis, inclusive os beneficiários, caso existam, a restaurarem o estado de fato anterior.

Parágrafo único — A condenação ao pagamento das custas e honorários de advogado e a imposição de quaisquer sanções processuais obedecerão às normas do direito comum.

Art. 21 — As eficácia da sentença proferida na ação popular será regida pelo direito comum, salvo as exceções constantes deste artigo.

§ 1.º — A sentença que julgar improcedente a ação ordinária popular ou a ação cominatória popular por deficiência de prova, não impedirá que outro cidadão proponha nova ação com idêntico objetivo, valendo-se de outras provas.

§ 2.º — A sentença proferida em ação possessória popular não impedirá que qualquer cidadão promova a ação ordinária tendente à anulação ou à declaração da nulidade do ato lesivo.

#### Dos recursos

Art. 22 — Das decisões proferidas em ação popular serão cabíveis os recursos previstos no direito comum.

§ 1.º — Da decisão que julgar improcedente a ação ordinária popular ou a ação cominatória popular sob o fundamento de não ser nulo ou anulável o ato impugnado, ou de inexistir a alegada lesão patrimonial, recorrerá o juiz, ex-officio, sem que esse recurso tenha efeito suspensivo.

§ 2.º — Qualquer cidadão, bem como o representante do Ministério Público, poderá interpor os recursos cabíveis das decisões proferidas em ação popular.

#### Disposições gerais

Art. 23 — Para os fins destas lei, consideram-se entidades autárquicas:

- a) o serviço estatal descentralizado, com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral;
- b) as pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei, para a execução de serviços de interesse público ou social, custeados por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro;
- c) as entidades de direito público ou privado a que a lei tiver atribuído competência para receber e aplicar contribuições parafiscais.

Art. 24 — A expressão “violação da lei”, contida no art. 5.º, compreende:

- a) a violação da Constituição, da lei ordinária, do regulamento, do regimento, do estatuto e de outras normas gerais obrigatórias;
- b) a violação de princípios gerais de direito público, derivados da declaração de direitos e do costume;

c) o desconhecimento direto, total ou parcial, do conteúdo de qualquer das normas citadas;

d) a interpretação incorreta da norma legal aplicada ao caso considerado;

e) a qualificação errônea dos fatos motivando a aplicação aos mesmos de norma legal inadequada.

Art. 25 — O “desvio de poder” é o vício que consiste em realizar o agente, de modo regular, ato de sua competência, tendo, porém, em vista fim diverso daquele para o qual a atribuição lhe foi conferida.

Art. 26 — O “vício de forma” consiste na omissão ou no cumprimento incompleto ou irregular das formalidades a que o ato esteja sujeito pelas leis, regulamentos ou normas gerais.

Art. 27 — A “incompetência” é o vício que ocorre quando o agente não tem atribuição constitucional, legal, regulamentar ou estatutária, para a prática do ato impugnado.

Art. 28 — As entidades enumeradas no artigo 1.º não poderão, em nenhuma hipótese, ser responsabilizadas por perdas e danos decorrentes da decisão da ação popular.

Art. 29 — Não podem constituir objeto de ação popular os atos materialmente legislativos e jurisdicionais e os exclusivamente políticos.

Art. 30 — Serão aplicadas subsidiariamente à ação popular as normas do Código de Processo Civil.

Art. 31 — Esta lei entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário,

Sala das Sessões, 10 de dezembro de 1953.

BILAC PINTO



# ERRATA

ONDE SE LÊ:	LEIA-SE:
Na página 8 (11. <sup>a</sup> linha) “... faciocismo...”	“... faciosismo...”
Na página 10 (37. <sup>a</sup> linha) “... na consciência...”	“... na sua consciência...”
Na página 12 (2. <sup>a</sup> e 3. <sup>a</sup> linhas) “...da técnica e da ciência...”	“... da cultura, da ciência e da técnica...”
Na página 25 (32. <sup>a</sup> linha) “... judiante...”	“... judicante...”
Na página 27 ((24. <sup>a</sup> linha) “... essecialmente...”	“... essencialmente...”
Na página 35 (32. <sup>a</sup> linha) “...admitida...”	“... admitia...”
Na página 52 (33. <sup>a</sup> linha) “...minstrados...”	“... e ministrados...”
Na página 82 (16. <sup>a</sup> e 17. <sup>a</sup> linhas) “...e os selvícolas...”	“... e IV — os selvícolas...”
Na página 83 ((última linha) “...assistência ou consentimento...”	“... autorização ou assistência...”
Na página 84 (2. <sup>a</sup> , 27. <sup>a</sup> e 28. <sup>a</sup> linhas) “... (art. 184)...” “... (art. 184)...”	“... (art. 108)...”
Na página 98 (7. <sup>a</sup> linha) “... a legitima...”	“... e legitima...”
Na página 112 (última linha) “...Justifica-se portanto...”	“... Justifica-se, portanto,...”
Na página 121 (25. <sup>a</sup> linha) “... e a organização estatal	” “... e a organização estatais...”
Na página 122 (4. <sup>a</sup> linha) “...de outro édito...”	“... do último édito...”

**PAPELARIA REQUIÃO LTDA.**  
**CURITIBA**